بسم الله الرحمن الرحيم

الجزء السادس

من تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق تأليف الامام العالم
العامل العلامة البحر الحبر الفهامة فريد
دهره ووحيد عصره فخر الدين
عثمان بن علي الزيلعي الحنفي
نفعنا الله ببركته وأسكنه
فسيح جناته
آمين

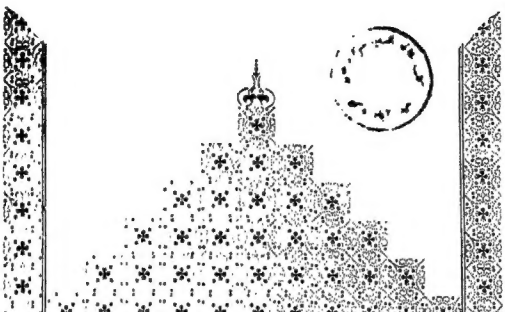
CHECKED - 1973

وبهامشه حاشية الشيخ الامام العلامة العمدة الفهامة شهاب
الدين أحمد الشلبي على هذا الشرح الجليل تغمدهما
الجميع بالرحمة والرضوان وأسكنهم
فسيح الجنان

STATE LIBR

الطبعة الاولى
بالمطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر
سنة ١٣١٥
هجريه
(بالعسم الادبي)

بسم الله الرحمن الرحيم



﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ كتاب الاضحية ﴾

وهي اسم لما يضحى به كالاروية وهي الانثى من الوعول وتجمع على أضاحي بالتشديد على أفاعيل كالاراوي في جمع الاروية وبقال ضحية وضحايا كهدية وهدايا وبقال أضحاة وتجمع على أضحى كارطاة وأرطى وهي في الشرع اسم لحيوان مخصوص بسن مخصوص يذبح بنية القربة في يوم مخصوص عند وجود شرائطها وسببها وشرائطها الاسلام والوقت واليسار الذي يتعلق به وجوب صدقة الفطر وركنها ذبح مايجوز ذبحه اعلم ان القربة المالية نوعان نوع بطريق التمليك كالصدقات ونوع بطريق الاتلاف كالاعتاق والاضحية وفي الاضحية اجتمع المعنيان فانها تقرب باراقة الدم وهو اتلاف ثم بالتصرف في اللحم يكون قليلا وإباحة قال رحمه الله (نجب على حر مسلم مقيم موسر عن نفسه لا عن طفله شاة أو سبع بدنة يوم النحر الى آخر ايامه) وفي الجوامع عن أبي يوسف انها سنة وهو قول الشافعي وذكر الطحاوي انها سنة مؤكدة على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وهكذا ذكره بعضهم أيضا ووجه السنة قوله صلى الله عليه وسلم اذا رأيتم هلال ذي الحجة وأراد أحدكم أن يضحي فليمسك عن شعره وأظفاره رواه مسلم وأبو داود ولأحد وجماعة آخر والتعليق بالارادة بنافي الوجوب ولانها لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر كالزكاة وصدقة الفطر لانهما لايختلفان في العبادة المالية فصار كالعشرية ووجه الوجوب

أورد الاضحية بعد الذبح لما فيهما من الذبح الا أن الذبح عم من الاضحية والخصوص يكون بعد العموم اه وكتب ما نصه قال في المصباح المنير والاضحية فيها لغات ضم الهمزة في الاكثر وهي في تقدير أفعولة وكسرها اتباعا لكسرة الحاء والجمع أضاحي والثالثة ضحية والجمع ضحايا مثل عطية وعطايا والرابعة أضحاة بفتح الهمزة والجمع أضحى مثل أرطاة وأرطى ومنه عيد الاضحى والاضحى مؤنثة وقد تذكر فيها الى اليوم قاله الفراء وضحى تضحية اذا ذبح الاضحية وقت الضحى هذا أصله ثم كثر حتى قيل ضحى في أي وقت كان من أيام التشريق ويتعدى بالحرف فيقال ضحيت بشاة اه وقال في المغرب ويقال ضحى بكبش أو غيره اذا ذبحه وقت الضحى من أيام الاضاحي ثم كثر ذلك ولو ذبح آخر النهار ومن قال هي من التضحية بمعنى الرفق فقد أبعد اه قوله وهي في تقدير أفعولة قال العيني وهي على وزن أفعلة اه يعني وزنها الآن أفعلة ووزنها الاصلي أفعولة كما قال في المصباح فأعل واعلاله ظاهر اه (قوله وهي الانثى من الوعول) الوعل قال ابن فارس هو ذكر الاروى وهو الشاة الجبلية اه مصباح (قوله وفي الجوامع) قال الاتقاني والجوامع اسم كتاب في الفقه صنفه أبو يوسف اه (قوله فصار كالعشرية) قال الجوهري والعنز أيضا العشرة وهي شاة كاولاذ بحونها في رجب لا لهتهم مثال ذبح وذبيحة

قوله صلى الله عليه وسلم من وجد سعة فلم يضح فلا يقربن مصلانا رواه أحمد وابن ماجه ومثل هذا الوعيد لا يليق بترك غير الواجب ولانه عليه الصلاة والسلام أمر باعادتها بقوله من ضحى قبل الصلاة فليعد والامر للوجوب فلولا أنها واجبة لما وجب اعادتها ولانها قربة يضاف اليها وقتها يقال يوم الاضحى وذلك يؤذن بالوجوب لان الاضافة للاختصاص وبحصل الاختصاص بالوجود والوجوب هو المفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر الى جنس المكلفين لجواز أن يجتمعوا على ترك ما ليس بواجب ولا يجتمعوا على ترك الواجب ولا تصح الاضافة باعتبار جواز الاداء فيه ألا ترى أن الصوم يجوز في كل يوم والمسجي وروا المسجي يشهر الصوم رمضان وحده وكذا الجماعة تجوز في كل يوم والمسجي بيوم الجمعة يوم واحد ولان الاضافة الى الوقت لا تتحقق الا اذا كانت موجودة فيه بلا شك ولا تكون موجودة فيه بيقين الا اذا كانت واجبة وانما لا تجب على المسافر لان أداءها يختص بأسباب تشق على المسافر وتفوت بعض الوقت فلا تجب عليه لدفع الحرج عنه كالجمعة بخلاف الزكاة وصدقة الفطر فانهما لا يفوتان بعض الوقت فلا يحرج والمراد بالارادة فيما روي ما هو ضد السهو لا التضييع فانه غير محيح اجماعا لان التضيير يقع في المباح والعشرة منسوخة وهي شاة كانت تذبح في رجب في ابتداء الاسلام والاضحية ليست بمنسوخة وانما اشترط فيها الحرية لانها قربة مالية فلا تتأدى الا بالملك والمالك هو الحر والاسلام لان القربة لا تتأدى الا من المسلم والاقامة لما بينا والبسار لما روينا ولان العبادة لا تجب الا على القادر وهو الغني دون الفقير ومقداره ما يجب فيه صدقة الفطر والوقت وهو أيام النحر لانها مختصة بها على ما بينا فيشترط أن يكون غنيا في أيام النحر ولو كان فقيرا فأيسر فيها تجب لانه أدرك وقتها وهو غني لان الموجود في بعض الوقت كالموجود في أوله وقيل لا تجب عليه لان الوجوب يتعلق بطلوع الفجر الفقير ليس من أهله فجعله في هذه الرواية نظير صدقة الفطر وقوله عن نفسه لانها أصل في الوجوب عليه وقوله لا عن طفله أي لا تجب عليه عن أولاده الصغار لانها قربة محضة والاصل في العبادات أن لا تجب على أحد بسبب غيره بخلاف صدقة الفطر لان فيها معنى المؤنة والسبب فيها رأس يمونه ويلي عليه وهذا المعنى يتحقق في حق الولد في صدقة الفطر دون الاضحية ولهذا لا تجب عليه عن عبده وصدقة الفطر تجب عليه عنه وروى الحسن عن أبي حنيفة أن الاضحية تجب عليه عن ولده الصغير لانه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر ثم على هذه الرواية لو ولد له ولد في أيام النحر فعلى الروايتين المذكورتين في البسارية والاقرل ظاهر الرواية وقد بيناوجهه وان كان للصغير مال يضحي عنه أبوه أو وصيه من ماله عند أبي حنيفة رحمه الله وقال محمد وزفر والشافعي يضحي عنه من مال نفسه لانه من مال الصغير والخلاف في الاضحية كالخلاف في صدقة الفطر وقيل لا تجوز التضحية من مال الصغير في قولهم جميعا لان القربة تتأدى بالاراقة والصدقة بعده تطوع ولا يجوز ذلك من مال الصغير في قولهم جميعا ولان الاراقة تلاف والاب لا يملك في مال الصغير كالاعتاق وكذا التصدق بها ولا يمكن الصغير أن يأكل اللحم كله والاصح أنه يضحي من ماله ويأكل منه ما أمكن ويتاع بما يتنفع بعينه كذا ذكر صاحب الهداية وفي الكافي الاصح أنه لا يجب ذلك وليس للاب أن يفعله من ماله أي من مال الصغير وقوله شاة أو سبع بدنة بيان للقدر الواجب والقياس أن لا تجوز البدنة كلها الا عن واحد لان الاراقة قربة واحدة وهي لا تتجزأ الا أنا تركناه بالاثر وهو ما روى عن جابر رضي الله عنه أنه قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولانص في الشاة فبقي على أصل القياس ويجوز عن ستة أو ثمانية ذكره محمد في الاصل لانه لما جاز عن السبعة فعن دونه أولى ولا يجوز عن ثمانية لعدم النقل فيه فيبقى على الاصل وكذا اذا كان نصيب أحدهم أقل من السبع ولا يجوز عن الكل لان بعضه اذا خرج من أن يكون قربة يخرج كله من أن يكون قربة كان لا يأكل فعليه الضمان وهم من قال لا ضمان على الوصي على كل حال وعليه الفتوى اه (قوله وكذا اذا كان نصيب أحدهم أقل من السبع) أي لا تجوز من صاحب الكثير كما لا تجوز من صاحب القليل كما اذا مات الرجل وخلف امرأة وابنا وترك بقرة فضحيا

ما يجب بذبح فداء ونذر من غنمه فاذا وجب ضاقت نفسه عن ذلك فيعتزل الغنم نفياء اه وقال الاتقاني نقلا عن المغرب والعتيرة ذبيحة كانت تذبح في رجب تقرب بها أهل الجاهلية والمسلمون في صدر الاسلام فنسخت اه (قوله يختص باسباب تشق على المسافر) مثل تحصيل شاة مجوز في الاضحية ورعاية فراغ الامام اه (قوله لانه غير محترم اجماعا) فلا يدل القصد على نفي الوجوب كقوله عليه الصلاة والسلام من أراد منكم الجمعة فليغتسل أي من قصدوم يريد التغيير اه غاية (قوله أي من مال الصغير) فان فعل الاب لا يضحي في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعليه الفتوى ويضحي في قول محمد وزفر وان فعل الوصي يضحي في قول محمد وزفر واختلف المشايخ في قول أبي حنيفة وأبي يوسف قال بعضهم لا يضحي كما لا يضمن الاب وقال بعضهم ان كان الصبي يأكل لا يضحي ولا يضمن اه فاضيخان وكتب ما نصه قال في الظهيرية وفي الوصي اختلاف المشايخ بعضهم قالوا ان كان الصبي يأكل فلا ضمان على الوصي وان

على ما بيناه في الهدى وقال مالك تجوز الواحدة عن أهل بيت واحد وان كانوا أكثر من سبعة ولا تجوز عن أهل بيتين وان كانوا أقل منهما لقوله صلى الله عليه وسلم على أهل كل بيت في كل عام أضحاة وعتيرة نظلنا المراد منه والله أعلم قيم أهل البيت لان البارله حذف المضاف وأقام المضاف اليه مقامه ويؤيده ما روى على كل مسلم في كل عام أضحاة وعتيرة ولو كانت البدنة بين اثنى عشر نفسا فان يجوز وفي الاسبوع لان نصف السبع يكون تسعة الاثلاثة الاسباع واذا جاز على الشركة فقسمة اللحم بالورد لانه موروث ولو اشتروها وذبحوها عن الاذا كان معه شيء من الآلات كالرمح والجلد كالبيع لان القسمة فيها معنى المعاوضة ولو اشترى بقرة يريد أن يضحي بها عن نفسه ثم اشترك معه ستة آخرون اضحايا والقياس لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله لانه أعدها للقربة فيمنع عن بيعها قولا وفي الاشتراك ذلك فلا يجوز وجه الاستحسان أنه متعدد بقرة معينة وقد لا يظفر بالشركاء وقت الشراء فيشتري بها ثم يعثر بالشركاء ولو لم يعثر فلك طرحوا وهو مدفوع شرعا والاحسن أن يفعل ذلك قبل الشراء ولو يشترى حتى يجيء هو واحد وجاء رجل يريد من الشركاء أن يضحي من الخلاف وعن صورة الرجوع وعن أبي حنيفة مثل قول زفر فلم يجد الفقه (ولا يذبح مصري قبل الصلاة وذبح غيره) أي لا يجوز لاهل المصر أن يذبحوا الاضحية قبل أن يصلوا صلاة العيد ويوم الاضحى وذبح غيره أي غير أهل المصر يجوز لهم ذبحها بعد طلوع الفجر قبل أن يصلي الامام صلاة العيد والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام من ذبح قبل الصلاة فليعد ذبحه ومن ذبح بعد الصلاة تم نسكه وأصاب سنة المسلمين وقال عليه الصلاة والسلام ان أول نسكنا في هذا اليوم الصلاة ثم الاضحية قال والذي حتى من عليه صلاة العيد كيلا يشتغل بها منها فلا معنى لتأخير في القرى اذا صلاة عليه وهو حجة على مالك والشافعي في نفيهما الجواز بعد الصلاة قبل تحر الامام والمعتبر في ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت في السواد والمضحي في المصر يجوز كما لشيخ الفجر وفي العكس لا يجوز الا بعد الصلاة وحيلة المصري اذا أراد التعجيل أن يبعث بها الى خارج المصر في موضع يجوز للناس أن يضحوا فيه فيضحي فيه كما طلع الفجر لان وقتها من طلوع الفجر وانما أخرت الى ما بعد الصلاة في المصر لما ذكرنا وهذا لانها تشبه الزكاة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي أيام النحر كالزكاة تسقط بهلاك النصاب فيعتبر في الاداء امكان الحل وهو المال لامكان الشاهل اعتبارا بها بخلاف صدقة الفطر حيث يعتبر فيها امكان الفاعل لانها تتعلق بالذمة والمال ليس بمحل لها ولهذا لا تسقط بهلاك المال بعد طلوع الفجر من يوم الفطر ولو ضحى بعد صلاة أهل المسجد قبل أن يصلي أهل الجبانة أجزأه استحسانا لان صلاة العيد غير حتى لو كتفوا بها أجزأتهم فيكون الذبح عقيب صلاة معتبرة وان عن على العكس فعلى القياس والاستحسان وقيل يؤخذ فيهما واستحسانا لان المسنون في صلاة العيد الخروج الى الجبانة فكان أصلا والآخر كالخلف عنه ولو ذبح بعد ما قعد الامام قدر التشهد قبل أن يسلم لم يجز عند أبي حنيفة خلافا لهما وهو على الامام العيد في اليوم الاول أخروا التضحية الى الزوال ثم ذبحوا ولم تجزهم التضحية لم يعد الامام العيد في اليوم الاول الا بعد الزوال فحينئذ يجوز لخروج وقتها وكذا في اليوم الثاني لم تجزهم قبل الزوال الا اذا كانوا لا يرجون أن يصلي الامام فحينئذ تجزهم قبل زوال وهكذا ذكر في الجامع وذكر فيه أيضا أن التضحية في الغد أو بعد الغد تجوز قبل الزوال اذا فاتت وقت الصلاة بزوال الشمس في اليوم الاول والصلاة في الغد تقع قضاء لا أداء فلا يظهر هذا في حق التضحية وقال هكذا ذكره السدوسي في شرحه ولو صلى الامام ثم تبين انه صلى بغير طهارة تعاد الصلاة دون الاضحية لان من العلماء من قال لا يعيد الصلاة الا الامام وحده فكان الاجتماع فيه مسامحا فجعلناه عذرا في حوار التضحية بخلاف الطهارة وصيانة لاضاحيهم عن الفساد ولو وقعت في البلدتين ولم يتفقا على يوم العيد فصحو ابعد طلوع الفجر أجزأهم لان البلدة صارت في هذا الحكم كالسواد ولو شهدوا عند الامام أنه يوم العيد فصلى ثم انكشف انه يوم عرفة أجزأتهم الصلاة والتضحية لانه لا يمكن التحرز عن مثل هذا الخطأ فيحكم بأدائها صيانة لجمع

لم تجز عنهما أصلا لان نصيب المرأة أقل من السبع اه غاية (قوله يكون تبعا للثلاثة الاسباع) وقال بعضهم لا تجوز لان لكل واحد منهما ثلاثة أسباع ونصف سبع ونصف السبع لا يجوز في الاضحية فانا صار لحاصار الباقي لحما اه (قوله في المتن ولا يذبح مصري الخ) لم يذكر شرح قوله فجر يوم النحر الى آخر أيامه اه (قوله والمعتبر في ذلك مكان الاضحية) أي لا مكان المالك اه (قوله والاستحسان) أي يجوز استحسانا لا قياسا اه (قوله ولو ذبح بعد ما قعد الامام الخ) قال في الجوهرة فاذا ذبح بعد ما قعد الامام مقدار التشهد جاز اه

(قوله وجبورا الذبح فى ليالها) وقال مالك لا يجوز الذبح فى الليل اه (قوله ولكن يحتمل الصرف الخ) قال الحلبى اشترى شاة يريد أضحية فى ضبره فى ظاهر المذهب لا تصير أضحية حتى يوجبها بلسانه لكن المذهب الفتوى على أن يظنر ان كان المشترى غنيا لا يصير وأجبا فى الروايات كلها لانها واجبة فى ذمته فلا يحتاج الى التعيين وان كان فقيرا (ه) فى ظاهر الرواية يجب أن تعين بالعقد

المسلمين بخلاف ما اذا صلى بغير شهادة نه لا يتعذر التحرز عن منله وقتها ثلاثة أيام أو لها أفضلها روى ذلك عن عمر وعلى وابن عباس موقوفا عليهم وهو كالمرفوع فى مثله من المقادير لان الرأى لا يهتدى اليه فيحمل عليه وانما كان أولها أفضل لان فيه مسارعة الى الخير ويجوز الذبح فى ليالها الا أنه يكره لاحتمال الغلط فى الظلمة وأيام النحر ثلاثة أيام وأيام التشريق أيضا ثلاثة والكل يمضى بأربعة أيام أولها نحر لا غير وآخرها تشريق لا غير والمتوسطان نحر وتشريق والتضحية فيها أفضل من التصدق بثمن الاضحية لانها تنفع واجبة ان كان غنيا وسنة ان كان فقيرا وهى واجبة عند ابى حنيفة وسنة عند البعض والتصدق بالثمن تطوع محض فكانت هى أفضل ولانها تفوت بفوات وقتها والتصدق لا يفوت فكانت أفضل وتقديم الطواف للآفاقى أفضل من الصلاة لانه بالرجوع يفوت بخلاف المكى فان الصلاة فى حقه أفضل لانها خير ما وضع ولو ذبح حتى مضت أيام النحر وكان غنيا وجب عليه أن يتصدق بالقيمة سواء كان اشترى أولم يشتر لانها واجبة فى ذمته فلا يخرج عن العهدة الا بالاداء كالجمعة تقضى ظهرا والصوم بعد الجمز فدية وان كان فقيرا فان كان اشترى الاضحية أو أوجب على نفسه بالنذر وجب عليه أن يتصدق بذلك الذى أوجبه أو اشتراه لانها تعينت بالشراء بنية الاضحية أو بالنذر فلا يجزئه غيرها اذ اذا كان قدر قيمتها بخلاف الغنى لان الاضحية واجبة فى ذمته فيجزئه التصدق بالشاة عنه أو بقيمتها ولا يجب عليه أكثر من ذلك اذا التزم التضحية بالنذر وعنى به غير الواجب فى ذمته فحينئذ يجب له أن يتصدق بالمنذور كما بينا فى حق الفقير وهو الواجب الذى فى ذمته وهى الشاة التى وجبت بسبب السار وكذا اذا أطلق النذر ولم يرده الواجب فى ذمته يجب بسببه غيره منه وان أراده بالواجب يجب بسبب السار وكذا اذا نذر ايجاب الايجاب ينصرف الى غير الواجب ظاهرا ولكن يحمل النذر المحرف الى الواجب تأييدا له بنظيره النذر بالحج وليس جهة الاسلام فانه يلزمه حجة أخرى اذا دعى به ما هو الواجب عليه قال رحمه الله (ويضحى بالجماء) وهى التى لا قرن لها لان القرن لا سلاح به مقصودة كذا مكسورة القرن بل أولى لما قلنا قال رحمه الله (والخصى) وعن أبى حنيفة هو أولى لان لحمه أطيب وقد سمع أنه صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين أملحين موجوءين الامع الذى فيه ملحة وهو البياض الذى يشقه شعرات سود وهى من لون الخلو والموجوء الخصى الوجاء هو أن يضرب عروق الخصية بشئ قال رحمه الله (والولماء) وهى المجنونة لانه يخل بالمقصود اذا كانت تعتلف بأن كانت سمينة ولم تعنها من السوم والرعى وان كانت تعنها منه لا يجزئه والجلم بالضم ان كانت سمينة ولم تأكل من جلدها جاز لانه لا يخل بالمقصود قال رحمه الله (لا العيماء ولا العرجاء) أى التى لا تمشى الى المنسك أى المذبح لما روى عن البراء بن عازب أنه عليه الصلاة والسلام قال أربع لا تجوز فى الاضاحى العوراء البين عورها والمريضة البين مرضها والعجفاء التى لا تنقى والكسيرة التى لا تنقى رواه أبو داود والنسائى وجماعة آخر وصححه الترمذى قال رحمه الله (ومقطوع أكثر الاذن أو الذنب أو العين أو الالية) لقول على رضى الله عنه أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نستشرف العين والاذن وأن لا نضحى بعقابلة ولا مدابرة ولا شرقاء ولا خرقاء رواه أبو داود والنسائى وغيرهما وصححه الترمذى المقابلة قطع من مقدم أذنها والمدابرة قطع من مؤخر أذنها والشرقاء أن يكون الخرق فى اذنها طولا والخرقاء أن يكون عرضا وان بقى أكثر الاذن جاز وكذا أكثر الذنب لان الاكثر

الاذنب اه مناسك الكرمانى (قوله ولا تضحى بعقابلة ولا مدابرة) قال فى المصباح والمقابلة على صيغة المفعول الشاة التى قطع من أذنها قطعة ولم تبن وتبقى معلقة من قدم فان كانت من أخر فهى المدابرة وقدم بعضهم بعض المقدم وأخر بعضهم أيضا بعكس المؤخر اه (قوله ولا شرقاء) قال الكرمانى ونجوز الشرقاء وهى مشقوقة الاذن طولا وكذا المقابلة وهى التى شقت أذناها من قبل وجهها وهى منتدا وكذا المدابرة وهى التى شقت أذناها من خلفها وكذا التى على أنفها كأنها أسمة اه

وله وعن أبي حنيفة الخ) قال في المجمع وقطع ربعها أو ثلثها أو الزائد عليه أو على النصف وبه قال الامام اه قال الولوالجي رحمه الله لا يضر الشق في الأذن لان الفائت بالشق ثلث أو أقل وانه غير مانع من الجواز وأصل هذا أن الاذن الأعلى والعين الواحدة أو الالية أو ما أشبه ذلك اذا فات كله لا تجوز الاضحية واذا فات بعضه ان كان الفائت كثيرا لا تجوز الاضحية وان كان الفائت قليلا تجوز تكلموا في حد الكثير والزيادة على النصف في حد الكثرة بالاجماع وأما النصف فعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله روايتان في ظاهر الرواية عنهما انه في حد الكثرة وعن أبي حنيفة ان كان أقل من النصف لكن أكثر من الثلث اتفقت الروايات عن أبي يوسف ومحمد أنه في حد القلة واتفقت الروايات عن أبي حنيفة انه في حد الكثرة وان كان الفائت أقل من الثلث اتفقت الروايات عن أبي حنيفة أنه في حد القلة الا في رواية عنه أن الربع في حد الكثرة اذا كان الفائت الثلث اختلفت الروايات عن أبي حنيفة رحمه الله فذكر في ظاهر الرواية انه في حد القلة وروى عنه انه في حد الكثرة ولا فقه فيه سوى أن الشرع جعل مازاد على الثلث في باب الوصية كثيرا لقوله عليه الصلاة والسلام للذي سأله عن الوصية بجميع المال قال الثلث والثلث كثير هذا في العين والاذن والالية والضرع اه وقال في فتاوى قاضيخان ولا تجوز

لو بعضو من مرضية البين مرضها في الاضحية ولا التي يبس شرعها أو قطع ضرعها فان ذهب بعض شرعها فهو على اختلاف الذي ذكرنا في الاذن والعين والالية اذا كان الذاهب أكثر من الثلث وأقل من النصف لا يجوز في ظاهر الرواية عند أبي حنيفة وعندأبي يوسف ومحمد إذا كان الذاهب أقل من النصف جاز وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وان كان الذاهب نصفا فعن أبي يوسف فيه روايتان والصحيح أن الثلث وما دونه قليل ومازاد عليه كثير وعليه لفتوى اه وقال في الجوهرة والاظهر أن عند أبي حنيفة أن الثلث في حد القليل ومازاد عليه في حد الكثير اه وقال الكرماني في مناسكه فان كان الفائت من العين الواحدة أو من الجوهيها

حكم الكل بقاء وذهابا وهذا الان العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفوا وعن أبي حنيفة رحمه الله أن الثلث اذا ذهب وبقي الثلثان يجوز وان ذهب أكثر من الثلث لا يجوز لان الثلث يقذف به الوصية من غير اجازة الورثة فاعتبر قليلا وفيما زاد لا يقذف الا برضاهم فاعتبر كثيرا وروى عنه الربع لانه يحكي حكاية الكل وروى أن ذهاب الثلث مانع لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث الوصية الثلث والثلث كثير وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا بقي أكثر من النصف أجزأه اعتبارا للحقيقة وهو اختيار أبي الليث وقال أبو يوسف أخبرت بقولي أبا حنيفة قال قولي قولك قيل هو رجوع الى قول أبي يوسف وقيل معناه قولي قريب من قولك وفي كون النصف ما نعا روايتان عنهما وتأويل مارويناانا اذا كان بعض الاذن مقطوعا على اختلاف الروايات لان مجرد الشق من غير ذهاب شيء من الاذن لا يمنع ثم معرفة مقدار الذاهب والباقي متيسر في غير العين وفي العين قالوا يشد عينها المعيبة بعد أن يباعث ثم يقرب العلف اليها قليلا قليلا فاذا رآه في موضع علم ذلك الموضع ثم يشتد عينها الصحيحة ويقرب العلف اليها شيأ شيأ حتى اذا رآه من مكان علم عليه ثم ينظر اليهما فان كان نصفا أو ثلثا أو غير ذلك فالذاهب هو ذلك القدر والعمياء لا تجوز وهي التي لا أسنان لها وعن أبي يوسف رجحه الله أنه يعتبر في الاسنان الكثرة والقلة كالاذن والذنب وعنه انها ان بقي ما يمكن الاعتلاف به أجزأ لحصول المقصود والسكاء وهي التي لا أذن لها خلقة لا تجوز وان كان صغير ا يجوز ولا تجوز الجلالة وهي التي تأكل العذرة ولا تأكل غيرها ولا الجذاء وهي المقطوعة شرعها ولا المصرمة وهي التي لا تستطيع أن ترضع فصيلها ولا الجداء وهي التي يبس شرعها ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع من التضحية كان عليه أن يقيم غيرها مقامها ان كان غنيا وان كان فقيرا يجزئه ذلك لان الوجوب على الغني بالشرع ابتداء لا بالشراء فلم يتعين بالشراء والفقير ليس عليه واجب شرعا فتعينت شراته بنية الاضحية ولا يجب عليه ضمان نقصانها لانها غير مضمونة عليه فأشبهت نصاب الزكاة وعن أبي سعيد أنه قال اشتريت كبشا أضحي به فعدا الذئب فأخذ الالية قال فسألت النبي صلى الله عليه وسلم فقال ضح به رواه أحمد ويحمل على أنه كان فقيرا لان الغني لا يجزئه

قوله ويجوز بالخاموس) وقال في خلاصة الفتاوى والجاموس يجوز في الضحايا والهدايا استحسانا اه اتقاني (قوله وفي المتولد منهما تعتبر الام) قال الاتقاني قال في خلاصة الفتاوى ولو نزا كلب على شاة فولدت قال عامة المشايخ لا يجوز وقال الامام الخلواني ان كان يشبه لام يجوز ولو نزا شاة على ظبي قال الامام الخلواني ان كان يشبه الاب يجوز ولو نزا ظبي على شاة قال عامة المشايخ يجوز وقال الامام الخلواني العبرة للشبهة كذا في الخلاصة اه وكتب ما نصه فان كانت أهلية يجوز والا فلا حتى لو أن بقرة أهلية نزا عليها ثور وحش ولدت ولدا فانه يجوز أن يضحى به وان كانت البقرة وحشية والثور أهليا لم يجز لان (٧) الأصل في المتولد الام لانه ينفصل عن الام وهو حيوان مقوم تتعلق به الاحكام وليس بنفصل من الاب الاماء مهينا لا خطر له ولا يتعلق به حكم وقيل اذا نز الظبي على شاة أهلية فأولدت شاة يجوز التضحية بها وان ولدت ظبيا لا يجوز وقيل ان ولدت الزمكة من حمار وحش حمار الا يؤكل وان ولدت فرسا فحكمه حكم الفرس اه بدائع (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم لا تذبحوا الخ) رواه الاتقاني عن صاحب السنن باسناده الى جابر اه (قوله فنذبحها جذعة من الضان) وجه الاستدلال بأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بذبح المسنة والثنى سنة فيجوز ذبحه من الانواع الثلاثة قياسا واستحسانا وأما الجذع من الضان فيجوز استحسانا لا قياسا ووجه القياس أن الجذع من الابل والبقر والمعز لا يجوز فكذا من الضأن لان هذه جنس

وجوبها في ذمته ولا كذلك الفقير لانها لا تجب عليه وانما تعينت بالشراء في حقه حتى لو أوجب الفقير أضحية على نفسه بغير عينها فاشترى أضحية صحيحة ثم تعينت عنده فضحى بها لا يسقط عنه الواجب لانه وجب عليه أضحية كاملة بالنية من غير تعيين كالنذور وكذا لو كانت معينة وقت الشراء جاز بجهالة ذكرنا أنه ليس بواجب عليه وعلى هذا الاصل اذا مات المشتراة للتضحية على الموسر مكانها أخرى ولا شئ على الفقير ولو ضلت أو سرقت فاشترى أخرى ثم ظهرت الاولى في أيام النحر على الموسر ذبح احداهما وعلى المعسر ذبحهما ولو كان الزعفراني في رجل اشترى شاة للاضحية وأوجبها أضحية فضلت منه ثم اشترى مثلها وأوجبها أضحية ثم وجدت الاولى فان أوجب الثانية ايجابا مستأنفا فعليه أن يضحي بهما ولو أوجبها بلا عين الاولى فانه أن يذبح أيهما شاء لان الايجاب متعدد فتعدد الواجب وهذا بناء على أصله أن الفقير اذا اشترى شاة بنية الاضحية لا تتعين لها عنده حتى يجعلها بعد ذلك للاضحية بالايجاب لان الشراء لم يوضع للايجاب ولا يحتمل الجاز عنه لعدم الموافقة بينهما في المعنى الخاص لان الشراء موضوع لاستجلاب الملك والنذر بالاضحية موضوع للازالة فكان بينهما مضادة وفي ظاهر الرواية تتعين للاضحية بالشراء لان الشراء من الفقير بغية الاضحية بمنزلة النذر عرفا وعادة لا نالا نجد في العرف فقيرا اشترى شيأ للاضحية الا ويضحي بها الا لعائلة فكان بها ملتزما ولو أضجعها للذبح في يوم النحر فاضطربت فانكسرت رجلها فذبحها أجزأته استحسانا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله لان حالة الذبح ومقدماته ملحق بالذبح فصار كأنه تعيب بالذبح حكما وكذا لو تعيبت في هذه الحالة فاضلت ثم أخذت من فورها وكذا بعد فورها عند محمد خلافا لابي يوسف رحمه الله لانه حصل بمقدمات الذبح قال رحمه الله (والاضحية من الابل والبقر والغنم) لان جواز التضحية بهذه الاشياء عرف شرعا بالنص على خلاف القياس فيقتصر عليها ويجوز بالجاموس لانه نوع من البقر بخلاف بقر الوحش حيث لا يجوز التضحية به لان جوازها عرف بالشرع في البقر الاهلي دون الوحشي والقياس يمتنع وفي المتولد منهما تعتبر الام وكذا في حق الحل تعتبر الام قال رحمه الله (وجاز الثني من الكل والجذع من الضأن) لقوله عليه الصلاة والسلام لا تذبحوا الا مسنة الا أن يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضأن رواه البخاري ومسلم وأحمد وجماعة وقال عليه الصلاة والسلام يجوز الجذع من الضأن أضحية رواه أحمد وابن ماجه وقالوا هذا اذا كان الجذع عظيما بحيث لو خلط بالثنيات يشتبه على الناظر من بعد والجذع من الضأن ما تمت له سنة أشهر عند الفقهاء وذكر الزعفراني أنه ابن سبعة أشهر والثني من الضأن والمعز ابن سنة ومن البقر ابن سنتين ومن الابل ابن خمس سنين وفي المغرب الجذع من البهائم قبل الثني الا الأنعم من الابل قبل السنة الخامسة ومن البقر والشاة في السنة الثانية ومن الخيل في الرابعة ومن الزهري الجذع من المعز لنة ومن الضأن لغاية أشهر قال رحمه الله (وان مات أحد الساعة وقال الورثة اذبحوا عنه وعنكم صح وان كان شريك الستة نصرانيا أو مريد اللحم لم يجز عن واحد منهم) ووجه الفرق أن البقرة تجوز عن سبعة بشرط قصد الكل القربة

في كتبهم عن أبي هريرة قال سمعت النبي صلى الله عليه وسلم قال نعمت الاضحية الجذع من الضأن وروى محمد في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن ابراهيم في الجذع من الضأن يضحي به قال يجزئ والثني أفضل اه غاية (قوله وقالوا هذا اذا كان الجذع الخ) وان كانت صغيرة الجثة لا يجوز الا أن يتم لها سنة وطعنت في السنة الثانية وأما البقر لا يجوز الا ما تمت لها سنتان وطعنت في السنة الثالثة سواء كانت عظيمة الجثة أو صغيرة الجثة اه اتقاني (قوله عند الفقهاء) قيد به لانه عند أهل اللغة الجذع من الشاة ما تمت له سنة اه

(قوله كالقران الخ) وان أراد أحدهم العقيقة عن ولده ولده من قبل جاز لان ذلك جهة التقرب الى الله بالشكر على ما أنعم من الولد كما ذكر محمد في نوادر الضحايا ولم يذكر ما اذا أراد أحدهم الوليمة وهي ضيافة الزوج وينبغي أن تجوز لانها انما تقام شكرا على نعمة النكاح وقد وردت السنة بذلك قال صلى الله عليه وسلم أولم ولو بشاة اه بدائع * فرع في البدائع ولو أرادوا القربة الاضحية أو غيرها من القرب أيهم سواء كانت القربة واجبة أو تطوعا أو وجب على البعض دون البعض وسواء اتفقت جهات القربة أو اختلفت بأن أراد أحدهم الاضحية وبعضهم جزاء الصيد وبعضهم هدى الاحصار وبعضهم هدى التطوع وبعضهم دم المتعة والقران وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يجوز الا اذا اتفقت جهات القربة وجه قول زفر ان القياس يأبى الاشتراك لان الذبح فعل واحد لا يتجزأ فلا تصور أن يقع بعضه عن جهة وبعضه عن جهة أخرى لانه لا بعض له الا أن عند الاتحاد جعلت الجهات كلها واحدة وعند الاختلاف لا يمكن فبقي الامر فيه مردودا الى القياس ولنا أن (٨) الجهات وان اختلفت صورة فهي في المعنى واحد لان المقصود من الكل

واختلاف الجهات فيها لا يضر كالقران والمتعة والاضحية لاتحاد المقصود وهو القربة وقد وجد هذا الشرط في الوجه الاول لان التضحية عن الغير عرفت قربة لانه عليه الصلاة والسلام ضحى عن أمته وقد وجد القربة في الوجه الثاني لان النصراني ليس من أهلها وكذا قصد اللحم من المسلم انما يقع اذا وقع البعض قربة فيخرج الكل من أن يكون قربة لان الاراقة لا تتجزأ وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز لهو رواية عن أبي يوسف لانه يتزع بالاتلاف فلا يجوز عن غيره كالاعتاق عن الميت قلنا القربة تقع عن الميت كالتصدق للمأثور وبخلاف الاعتاق لان فيه الزام الولاء للميت ولو كان بعض الشركاء صغيرا أو أم ولد بأن ضحى عن الصغير أبوه وعن أم الولد مولاها وان لم يجب عليهما جاز لان كلها وقعت قربة ولو نذر بعضها بغير اذن الورثة فيما الذا مات أحدهم لا يجزئهم لان بعضها لم يقع قربة بخلاف ما نحن فيه ولو جود الاذن من الورثة قال رحمه الله (وما كل من لحوم الاضحية وبؤكل غنيا ويدخر) لما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن أكل لحوم الضحايا بعد ثلاثة أيام ثم قال بعد كلوا وتزودوا وادخروا رواه مسلم والنسائي وقال عليه الصلاة والسلام فيه بعد النهي عن الادخار كلوا واطعموا وادخروا الحديث رواه مسلم والبخاري وأحمد والنصوص فيه كثيرة وعليه اجماع الامة ولانه لما جاز له أن يأكل منه هو وغرضه الاكل فاولى أن يجوز له اطعام غيره وان كان غنيا قال رحمه الله (وندب أن لا ينقص الصدقة من الثلث) لان الجهات ثلاثة الاطعام والاكل والادخار لما روينا ولقوله تعالى وأطعموا القانع والمعترأي السائل والمعترض للسؤال فانقسم عليها أثلاثا وهذا في الاضحية الواجبة والسنة سواء اذا لم تكن واجبة بالنذر وان وجبت بالنذر فليس لصاحبها أن يأكل منها شيأ ولا أن يطعم غيره من الاغنياء سواء كان الناذر غنيا أو فقيرا لان سبيلها التصدق وليس للمتصدق أن يأكل من صدقته ولا أن يطعم الاغنياء قال رحمه الله (ويتصدق بجلدها أو يعمل منه نحو غربال وجراب) لانه جزء منها فكان له التصدق والانتفاع به ألا ترى أن له أن يأكل لحمها ولا بأس بأن يشتري بما ينتفع بعينه مع بقائه استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لان المبدل حكم المبدل ولا يشتري بما لا ينتفع به الا بعد الاستهلاك نحو اللحم والطعام ولا يبيعه بالدراهم لينفق الدراهم على نفسه وعياله والمعنى فيه انه لا تصرف على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح حتى لا يبيعه بما لا ينتفع به الا بعد

أحب الى وهكذا قال أبو يوسف اه بدائع (قوله ولو كان بعض الشركاء صغيرا الخ) ولو كان أحد الشركاء الاستهلاك

عبد أو مدبر أو هو يريد الاضحية لا يجوز لان نيته باطلة لانه ليس من أهل هذه القربة اه بدائع (قوله كلوا وتزودوا الخ) روى البخاري بسنده الى سلمة بن الاكوع قال قال النبي صلى الله عليه وسلم من ضحى منكم فلا يصبحن بعد ثلاثة وفي بيته منه شئ فلما كان لعام المقبل قالوا يا رسول الله نفعل كما فعلنا العام الماضي قال كلوا وأطعموا وادخروا فان ذلك العام كان بالناس جهد فأردت أن يعينوا فيها قال في شرح الطحاوي ولا يجوز الاكل من الدماء الامن أربعة من الاضحية ودم المتعة ودم القران ودم التطوع اذا بلغ محله هو الحرم يعني لا يجوز الاكل من دماء الكفارات والنذور وهدى الاحصار وهدى التطوع اذا لم يبلغ محله وقد مر ذلك في كتاب الحج اه غاية (قوله ولقوله تعالى وأطعموا القانع والمعتر) قال الاتقاني والقانع السائل من قنعت اليه اذا خضعت له وسألته قنوعا والمعتر المتعرض بغير سؤال أو القانع الراضي بما عنده وبما يعطى بغير سؤال من قنعت قنعا وقناعة والمعتر المتعرض للسؤال كذا في الكشاف قال الزمخشري في نصائحه الكبار يا أبا القاسم اقنع من القناعة لا من القنوع تستغن عن كل معطاء ومنوع اه

(قوله ولو باعها بالدراهم الخ) أي ليتصدق بها جاز لانه قربة كالتصدق بالجلد واللحم وقوله عليه الصلاة والسلام من باع جلد أضحيته فلا أضحية له يفيد كراهية البيع وأما البيع فإن لوجود الملك والقدرة على التسليم ولا بعد أجرة الجزار منها شيئا لقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه تصدق بجلالها وخطامها ولا تعط أجر الجزار منها شيأ والنهي عنه نهي عن البيع لانه في معنى البيع لانه بأخذه بمقابلة عمله فصار معاوضة كالبيع وبكره أن يجز صوفها قبل الذبح فيتلفع به لانه التزم اقامة القربة بجميع أجزائها بخلاف ما بعد الذبح لان القربة قد أقيمت بها والانتفاع بعدها مطلق له وبكره الانتفاع بلبنها كما في الصوف ومن أصحابنا من أجاز الانتفاع للغني بلبنها وصوفها لان الواجب في حقه في الذمة فلا يتعين كذا رحمه الله (وندب أن يذبح بيده ان علم ذلك) لان الاولى في القرب أن يتولاها الانسان بنفسه وان أمر به غيره فلا بضر لانه عليه الصلاة والسلام ساق مائة بدنة فحضر منها بيده نيفا وستين ثم أعطى المدية عليا فنحر الباقي وان كان لا يحسن ذلك فالافضل أن يتعين بغيره كيلا يجعلها ميتة ولكن يشهدها بنفسه لقوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة قومي فاشهدي أضحيتك فانه يغفر لك بأول قطرة من دمها كل ذنب قال رحمه الله (وكره ذبح الكتابي) لانه قربة وهو ليس من أهلها ولو أمر مؤمنا ذبح جاز لانه من أهل الذكاة والقربة أقيمت بأدائه ونيته بخلاف ما اذا أمر المجوسي لانه ليس من أهل الذكاة فكان افسادا لا تقربا قال رحمه الله (ولو اشتركا في كل أضحية صاحبه صح ولا يضمنان) وهذا استحسان والقياس أن لا تجوز الاضحية ويضمن كل واحد منهما صاحبه وهو قول زفر رحمه الله لانه تعذر الذبح بغير أمره فيضمن كما اذا ذبح شاة اشتراها القصاب والتضحية قربة فلا تأدى بنية غيره ووجه الاستحسان انها تعينت للذبح لتعينها للاضحية حتى وجب عليه أن يضحي بها بعينها في أيام النحر ويكره أن يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا بمن يكون أهلا للذبح فصار مأذونا له دلالة لانها تفوت بعض هذه الايام ويخاف أن يعجز عن اقامتها فالعارض يعتبر به فصار كما اذا ذبح شاة شتمه القصاب رجلها وكيف لا يأذن له وفيه مسارعة الى الخير وتحقيق ما عينه ولا يبالي بفوات مباشرته وشهود محصول ما هو أعظم من ذلك وهو ما بناء فيسير اذ ناذ دلالة وهو كالصريح ومن هذا الجنس مسائل استحسانية لا محل لذكرنا ها في الاحرام غير أن الغرم اذا جاز ذلك عنهما بأخذ كل واحد منهما أضحيته ان كانت باقية ولا يضمنه لانه وكيله فان كان كل واحد منهما أكل ما نجه يحلل كل واحد منهما صاحبه فيجزئه لانه لو أطعمه الكل في الابتداء يجوز وان كان غنيا فكذا له أن يحلله في الانتهاء وان تشاحا كان لكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم تصدق بتلك القيمة لانه بدل عن اللحم فصار كالو باع أضحيته وهذا لان التضحية لما وقعت عن المالك كان اللحم له ومن

(٢ — زيلعي سادس)

لاتجوز عن الاضحية عنهما وعلى كل واحد منهما أن يضحي باخرى لما قلنا وان ضمنه صاحبها قيمتها حية فانها تجزئ عن الذابح لانه ملكها بالضمان من وقت الغصب بطريق الاستناد فصار ذبحا بإعانة مالكه كما لو باشر لان ابتداء فعله وقع محظورا فتلزمه التوبة والاستغفار وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا تجزئ عن الذابح أيضا بناء على أن الضمونات تملك بالضمان عندنا وعند زفر لا تملك وبه أخذ الشافعي وأصل المسئلة في كتاب الغصب وكذا اذا غصب شاة انسان كان اشتراها للاضحية فضحى بها عن نفسه بغير أمره لما قلنا وكذا الجواب في الشاة المستحقة اه * فرع آخر قال أبو الليث في رجل ضحى شاة نفسه عن غيره ان جز سواه كان بأمره أو بغير أمره لانه لا يمكن تصحيح النية عنه الا بإثبات الملك في الشاة ولن يثبت الا بالقبض ولم يوجد قبض الآمر لا بنفسه ولا بنائبه اه

(قوله ولو باعها بالدراهم الخ) أي ليتصدق بها جاز لانه قربة كالتصدق بالجلد واللحم وقوله عليه الصلاة والسلام من باع جلد أضحيته فلا أضحية له يفيد كراهية البيع وأما البيع فإن لوجود الملك والقدرة على التسليم ولا بعد أجرة الجزار منها شيئا لقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه تصدق بجلالها وخطامها ولا تعط أجر الجزار منها شيأ والنهي عنه نهي عن البيع لانه في معنى البيع لانه بأخذه بمقابلة عمله فصار معاوضة كالبيع وبكره أن يجز صوفها قبل الذبح فيتلفع به لانه التزم اقامة القربة بجميع أجزائها بخلاف ما بعد الذبح لان القربة قد أقيمت بها والانتفاع بعدها مطلق له وبكره الانتفاع بلبنها كما في الصوف ومن أصحابنا من أجاز الانتفاع للغني بلبنها وصوفها لان الواجب في حقه في الذمة فلا يتعين كذا رحمه الله (وندب أن يذبح بيده ان علم ذلك) لان الاولى في القرب أن يتولاها الانسان بنفسه وان أمر به غيره فلا بضر لانه عليه الصلاة والسلام ساق مائة بدنة فحضر منها بيده نيفا وستين ثم أعطى المدية عليا فنحر الباقي وان كان لا يحسن ذلك فالافضل أن يتعين بغيره كيلا يجعلها ميتة ولكن يشهدها بنفسه لقوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة قومي فاشهدي أضحيتك فانه يغفر لك بأول قطرة من دمها كل ذنب قال رحمه الله (وكره ذبح الكتابي) لانه قربة وهو ليس من أهلها ولو أمر مؤمنا ذبح جاز لانه من أهل الذكاة والقربة أقيمت بأدائه ونيته بخلاف ما اذا أمر المجوسي لانه ليس من أهل الذكاة فكان افسادا لا تقربا قال رحمه الله (ولو اشتركا في كل أضحية صاحبه صح ولا يضمنان) وهذا استحسان والقياس أن لا تجوز الاضحية ويضمن كل واحد منهما صاحبه وهو قول زفر رحمه الله لانه تعذر الذبح بغير أمره فيضمن كما اذا ذبح شاة اشتراها القصاب والتضحية قربة فلا تأدى بنية غيره ووجه الاستحسان انها تعينت للذبح لتعينها للاضحية حتى وجب عليه أن يضحي بها بعينها في أيام النحر ويكره أن يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا بمن يكون أهلا للذبح فصار مأذونا له دلالة لانها تفوت بعض هذه الايام ويخاف أن يعجز عن اقامتها فالعارض يعتبر به فصار كما اذا ذبح شاة شتمه القصاب رجلها وكيف لا يأذن له وفيه مسارعة الى الخير وتحقيق ما عينه ولا يبالي بفوات مباشرته وشهود محصول ما هو أعظم من ذلك وهو ما بناء فيسير اذ ناذ دلالة وهو كالصريح ومن هذا الجنس مسائل استحسانية لا محل لذكرنا ها في الاحرام غير أن الغرم اذا جاز ذلك عنهما بأخذ كل واحد منهما أضحيته ان كانت باقية ولا يضمنه لانه وكيله فان كان كل واحد منهما أكل ما نجه يحلل كل واحد منهما صاحبه فيجزئه لانه لو أطعمه الكل في الابتداء يجوز وان كان غنيا فكذا له أن يحلله في الانتهاء وان تشاحا كان لكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم تصدق بتلك القيمة لانه بدل عن اللحم فصار كالو باع أضحيته وهذا لان التضحية لما وقعت عن المالك كان اللحم له ومن

(٢ — زيلعي سادس)

لاتجوز عن الاضحية عنهما وعلى كل واحد منهما أن يضحي باخرى لما قلنا وان ضمنه صاحبها قيمتها حية فانها تجزئ عن الذابح لانه ملكها بالضمان من وقت الغصب بطريق الاستناد فصار ذبحا بإعانة مالكه كما لو باشر لان ابتداء فعله وقع محظورا فتلزمه التوبة والاستغفار وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا تجزئ عن الذابح أيضا بناء على أن الضمونات تملك بالضمان عندنا وعند زفر لا تملك وبه أخذ الشافعي وأصل المسئلة في كتاب الغصب وكذا اذا غصب شاة انسان كان اشتراها للاضحية فضحى بها عن نفسه بغير أمره لما قلنا وكذا الجواب في الشاة المستحقة اه * فرع آخر قال أبو الليث في رجل ضحى شاة نفسه عن غيره لم يجز سواء كان بأمره أو بغير أمره لانه لا يمكن تصحيح النية عنه الا بإثبات الملك في الشاة ولن يثبت الا بالقبض ولم يوجد قبض الآمر لا بنفسه ولا بنائبه اه

(قوله ذكر في المحيط مطلقا) وقد ذكر في املاء محمد بن الحسن رواية محمد بن جميد الرازي قال محمد لو ذبح الاضحية متقمدا عن صاحبها يؤمر بالتصرع وبأمر مثلك أجرأ أيضا لانها انما هلكت للذبح في ذلك وهو استحسان اه غاية

﴿كتاب الكراهية﴾

المناسبة بين كتاب الاضحية وكتاب الكراهية (١٠) ان الكراهية توجد في عامة مسائل الاضحية أيضا الا ترى أن التضحية في ليالي أيام النحر مكروهة وكذا بزوسوها وحلب لبنها وابدال غيرها مكانها وكذلك ذبح الكتابي ثم عبارات الكتب اختلفت في ترجمة هذا الكتاب وقد سماه محمد في الاصل كتاب الاستحسان وعليه كتب أكثر مشايخنا كمختصر الكافي للحاكم الشهيد وسماه محمد في الجامع الصغير باسم الكراهية وعليه وضع الطحاوي مختصره والشيخ أبو الحسن الكرخي سماه في مختصره كتاب الحظر والاباحة وتبعه القدوري وغيره في هذه التسمية وانما سمي كتاب الاستحسان لما فيه من المسائل التي يستحسنها العقل والشرع اه اتقاني

﴿فصل في الاكل والشرب﴾ (قوله في المتن ويكره لبن الاتان) قال أبو حنيفة يكره لحوم الاتن وألبانها وأبوال الابل اه هداية (قوله وكذا لبن الخيل يكره) وجعل في الهداية شربه حلالا عند أبي حنيفة كما سيأتي في الاشربة من هذا الشرح اه (قوله في المتن والتطيب بما اتاذ ذهب وفضة الخ) وأما الاكل والشرب في الاناء المفضض فسيجيء مستثنى شرعا في الصفحة الآتية عما فيه من الخلاف اه (قوله ولا تشربوا في آنية الذهب والفضة) الخ ولا يرد على هذا غسل قلبه صلى الله عليه وسلم في طست من ذهب لان ذلك قبل تحريم استعمال الذهب أو يقال التحريم في استعمال ذهب الدنيا لا ذهب الجنة أو يقال استعماله حرام على البشر لا على الملائكة والمستعمل له في هذه الحالة جبريل عليه السلام لا النبي صلى الله عليه وسلم اه

أتلف لحم أضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه وذكر في المحيط مطلقا من غير قيد فقال لو ذبح أضحية غيره بلا أمره جاز استحسانا ولا يضمن لانه في العرف لا تتولى صاحب الاضحية ذبحها بنفسه بل يفوض الى غيره فصار مأذونا له دلالة كالقصاب اذا شد رجل شاته للذبح فذبحها انسان بغير اذنه لا يضمن ولو باع أضحيته وشتري بثمنها غيرها فان كان الثاني أنقص من الاول تصدق بما فضل ومن غصب شاة فضحى بها ضمن فيتهاوجاز عن أضحيته لانه تملكها بالغصب السابق بخلاف ما لو كانت وديعة فانه يضمنها بالذبح فلم يثبت له الملك لانه بعده ولو ذبح أضحية غيره بغير أمره عن نفسه فان ضمنه المالك فبهما يجوز عن الذابح دون المالك لانه ظهر أن الاراقة حصلت على ملكه على ما بينا في المغصوب ولو أخذها مذبوحة أجزأ المالك عن التضحية لانه قد نواها فلا يضره ذبحها غيره على ما بينا والله أعلم

﴿كتاب الكراهية﴾

هي ضد الارادة والرضا في اللغة قال رحمه الله (المكروه الى الحرام أقرب ونص محمد رحمه الله أن كل مكروه حرام) وانما لم يطلق عليه لفظ الحرام لانه لم يجد فيه نصا وعن أبي حنيفة وأبي يوسف انه الى الحرام أقرب لقبه بباب الكراهية وفيه غير مكروه لان بيان المكروه أهم لوجوب الاحتراز عنه والقدوري لقبه بالحظر والاباحة وهو صحيح لان الحظر المنع والاباحة الاطلاق وفيه بيان ما أباح الشرع ومامنع ولقبه بعضهم بالاستحسان لان فيه بيان ما حسنه الشرع وقبحه ولفظ الاستحسان أحسن فلقب به أو لان أكثر مسائله استحسان لا لمجال للقياس فيها وبعضهم لقبه بكتاب الزهد والورع لان كثيرا من مسائله أطلقه الشرع والزهد والورع تركها وهذا الكتاب يشتمل على فصول

﴿فصل في الاكل والشرب﴾ (قال رحمه الله (كره لبن الاتان) لان اللبن متولد من اللحم فصار مثله وكذا لبن الخيل يكره عند أبي حنيفة رحمه الله كلحمه وعنه ذكره قاضيخان في فتاواه ولا تؤكل الجلالة ولا يشرب لبنها لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن أكلها وشرب لبنها والجلالة هي التي تعتاد أكل الجيف والنجاسات ولا تخلط فيتغير لحمها فيكون منتنا ولو حبست حتى يزول النتن حلت ولم يقدر لذلك مدة في الاصل وقدره في النوادر بشهر وقيل أربعين يوما في الابل وعشرين يوما في البقر وبعشرة أيام في الشاة وثلاثة أيام في الدجاجة أما التي تخلط بأن تتناول النجاسة والجيف وتتناول غيرها على وجه لا يظهر أثر ذلك في لحمها فلا بأس به ولهذا يحل أكل لحم جدي غذي بلبن الخنزير لان لحمه لا يتغير وإنما غذي به يصير مستهلكا لا يبقى له أثر وعلى هذا قالوا لا بأس بأكل الدجاج لانه يخلط ولا يتغير لحمه وروي أنه عليه الصلاة والسلام كان يأكل الدجاج وما روي أن الدجاج يحبس ثلاثة أيام ثم يذبح فذلك على سبيل التنزه لا أنه شرط ولو سق ما يؤكل لحمه خمرا فذبح من ساعته حل أكله ويكره قال رحمه الله (والاكل والشرب والادهان والتطيب من اتاذ ذهب وفضة للرجل والمرأة) لما روى عن حذيفة أنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تلبسوا الحرير ولا الديباج ولا تشربوا في آنية الذهب والفضة ولا تأكلوا في صحافها فانها لهم في الدنيا ولكم في الآخرة رواه البخاري ومسلم وأحمد وعن أم سلمة أن النبي

(قوله المترفين) أي المتنعمين يقال أترفه أي نعمه وأترفته النعمة أي أطغته كذا في الديوان اه غاية (قوله وما أشبه ذلك) أخر كالبعلبكي والمرأة والجمرة (قوله فأخر جناه ماء في قور) القور ما صغير يشرب فيه وتوضأ (١١) منه اه مغرب (قوله وكذا الاناء المضبب بالذهب) أي المشدود به يقال باب مضبب أي مشدود بالضبات جمع ضبة وهي حديدته العارضة التي يضب بها اه غاية قال في المغرب ومنه ضب أسنانه أفاشدها بالفضة اه وفي المصباح والضبة من حديد أوصفرا ونحوه يشعب بها الاناء وجمعها ضبات مثل جنة وجنات وضببته بالتثقيل عملت له ضبة اه (قوله والنفر) قال في الصحاح في فصل الثاء المثلثة من باب الراء والنفر والنصيب نفر الدابة ونفرا نفرتها أي شددت عليها النفر ورد بها نفرانا يرعى سربحه الى مؤخره اه (قوله وقال أبو يوسف يكره ذلك كله) وكذلك الاختلاف اذا جعل ذلك في السقف جائز عنده وكرهه أبو يوسف اه اتقاني (قوله ومع أبي يوسف) فصار عن محمد روايتان اه غاية (قوله ولان الاستعمال قصدا الخ) قال الاتقاني واحتج أبو حنيفة أن هذا تابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب وشبه ذلك بالشرب من الكف على خنصره خاتم فضة أنه لا يكره وصار وجه جنس الفصل وفرق أبو يوسف وقال الخاتم لم يصر جزأ من الكف بخلاف مسئلتنا قال نفر الاسلام وكلام أبي يوسف باطل بالمسمار اه * فرع قال في سير العيون قال محمد ولا بأس بأن يكون في بيته شئ من الديباج وفرش الديباج لا يعتمد عليها ولا ينام وأواني الذهب للتجمل لا يشرب فيها اه غاية

صلى الله عليه وسلم قال ان الذي يشرب في اناء الفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم رواه مسلم وعن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الذي يشرب في اناء فضة كأنما يجرجر في بطنه نار جهنم رواه أحمد وابن ماجه وعن البراء بن عازب أنه قال نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الشرب في اناء الفضة فلا نهى من شرب فيها في الدنيا لم يشرب فيها في الآخرة رواه مسلم فاذا ثبت ذلك في الشرب والاكل فكذا في التطيب وغيره لانه مثله في الاستعمال فيكون الوارد فيهما واردا فيما هو بمعناهما لدلالة لما عرف في موضعه ولانه تنعم بتنعم المترفين والمسرفين وتشبه بهم وقد قال الله تعالى فيهم أذهبتم طيباتكم في حياتكم الدنيا وقال عليه الصلاة والسلام من تشبه بقوم فهو منهم والمراد بقوله كره التحريم وستوى فيه الرجال والنساء لاطلاق ما روينا وكذا الاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميلهما وما أشبهه ذلك من الاستعمال ومعنى يجرجر تدمدم من جرجرة الفحل اذا ردد صوته في حنجرته وقال في النهاية قيل صورة الادهان المحرم هو أن يأخذ آنية الذهب والفضة وينصب الدهن على الرأس أما اذا أدخل يده فيها وأخذ الدهن ثم صبه على الرأس من اليد لا يكره قال كذا في الذخيرة قال رحمه الله (لان مساص وزجاج وبلور وعقيق) أي لا يكره استعمال الاواني من هذه الاشياء وقال الشافعي يكره لانه في معنى الذهب والفضة في التفاخر به قلنا الاصل ولئن كانت عادتهم جارية بالتفاخر في غير الذهب والفضة فلم تكن هذه الاشياء في معناها فلا تمتنع الاباحة بهما ويجوز استعمال الاواني من الصفر لما روى عن عبد الله بن يزيد انه قال أتانا رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخرج اناء ما في توريمن صفر توضأ رواه البخاري وأبو داود وغيرهما ويمكن أن يستدل به على اباحة غير الذهب والفضة لانه في معناه بل عينه قال رحمه الله (وحل الشرب من اناء مفضض والركوب على سرج مفضض والجلوس على كرسي مفضض وبتي موضع الفضة) أي بتي موضعها بالفم ويقبل بالفم واليد في الاخذ في الشرب وفي السرج والسرج والكرسي موضع الجلوس وكذا الاناء المضبب بالذهب والفضة والكرسي المضبب بهما وكذا لو جعل ذلك في فصل السيف والسكين أو في فيضمها ولم يضع يده في موضع الذهب والفضة وكذا اذا جعل ذلك في المنخدة أو في حلقة المرآة أو جعل المنصب مذهبا أو مفضضا وكذا المفضض من القيام والركاب والنفر لا يكره وكذا الثوب اذا كان فيه كالبهذب أو فضة وهذا كله عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف يكره ذلك كله وقول محمد روى مع أبي حنيفة ومع أبي يوسف رحمة الله عليهم وهذا الاختلاف فيما يخلص وأما الثوب الذي لا يخلص فلا بأس به بالاجماع لانه مستهلك فلا عبرة ببقائه لونا لابي يوسف ما روى عن ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام قال من شرب في اناء ذهب أو فضة أو اناء فيه شئ من ذلك فانما يجرجر في بطنه نار جهنم رواه الدارقطني واحتج أبو حنيفة بما روينا من الاخبار لانها مطلقة غير مقيدة بشئ من ذلك ولأن من استعمل اناء كان مستعملا لكل جزء منه فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة ولابي حنيفة ما روى عن أنس أن قدح النبي صلى الله عليه وسلم انكسر فاتخذ مكان الشعب سلسلة من فضة رواه البخاري ولا بد من عاصم الاحول قال رأيت عند أنس قدح النبي صلى الله عليه وسلم فيه ضبة فضة ولان الاستعمال قصدا للجزء الذي يلاقيه العضو وما سواه تبع له في الاستعمال فلا يكره فصار كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب ومسمار الذهب في فص الخاتم وكالعلمة المعلمة بالذهب و روى أن هذه المسئلة وقعت في مجلس أبي جعفر الدانيق وأبو حنيفة وأئمة عصره حاضرون فقالت الائمة يكره وأبو حنيفة ساكت فقيل له ما تقول فقال انه وضع فاه في موضع الفضة يكره والا فلا فقيل له من أين لك فقال أرأيت لو كان في اصبعه خاتم فضة فشرب منه أيكره ذلك فوقف الكل وتعجب أبو جعفر من جوابه قال رحمه الله (ويقبل

(قوله وانما يقبل قوله في المعاملات شاسة للضرورة) قلت هذا لبس بسهو وهذا المقدار لا يخفى على مثل المصنف وانما أراد بذا الحمل الملزم الضمني بالحرمة الحرمة الضمنية لانه أراد بهذا الكلام حاصل المسئلة التي ذكرها صاحب الهداية بقوله ومن أرسل أجيرا له مجوسيا أو عاد ما فأشترى لحما فقال اشتريته من يهودي أو نصراني أو مسلم وسعه أكله لان قول الكافر مقبول في المعاملات لانه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة وقوع المعاملات وان كان غير ذلك لم يسعه أن يأكل منه معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم لانه لما قبل قوله في الحل أولى أن يقبل في الحرمة وعبارة الشيخ رحمه الله من قوله في الحل والحرمة هو هذا أعني قوله لما قبل قوله في الحل أولى أن يقبل (١٣) في الحرمة فافهم اه عيني (قوله فكذا هنا يدخل) قال الفقيه أبو الليث السمرقندي كان لاصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عبيد من العلوج وكانوا يستعملونهم ويصدقونهم على معاملتهم اه (قوله لانه لما قبل في حق الشراء منه) والشراء من المعاملات اه غاية (قوله وأصله أن المعاملات الخ) قال الاتقاني وأصله أن نعير الواحد في المعاملات بمنزلة لاجماع المسلمين على ذلك بالكتاب والسنة فان الله تعالى جعل خبر الواحد حجة في كتابه قال تعالى وجاء من أقصى المدينة رجل يسعى وقال تعالى فابعثوا أحدكم بورقكم هذه الى المدينة وقد توارثنا السنة من الصحابة والتابعين بذلك قال الشيخ أبو نصر البغدادي في شرح القدوري وهذا الذي ذكره استحسان والقياس أن لا يقبل لما بينا لكن لهذا أقول صحيح واختاروا القياس العادة الجارية أنهم يقبلون قولهم لما في الهدية والاذن في سائر الاعصار من غير نكير ولانه لو اعتبر في ذلك خبر الحر البالغ لشق على الناس لجوز فيه

قبول الكافر في الحل والحرمة) وهذا سهو لان الحل والحرمة من الديانات ولا يقبل قول الكافر في الديانات وانما يقبل قوله في المعاملات شاسة للضرورة ولان خبره صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبول قوله لكثرة وقوع المعاملات ولا يقبل في الديانات لعدم الحاجة الا اذا كان قبوله في المعاملات يتضمن قبوله في الديانات فحينئذ تدخل الديانات في ضمن المعاملات فيقبل قوله فيها ضرورة وكم من شئ يصح ضمنا وان لم يصح قصدا الا ترى أن بيع الشرب وحده لا يجوز وتبعا للارض يجوز فكذا هنا يدخل حتى اذا كان له خادم أو أجير مجوسي فأرسله ليشتري له لحما فقال اشتريته من يهودي أو نصراني أو مسلم وسعه أكله وان قال اشتريته من مجوسي لا يسعه أكله لانه لما قبل في حق الشراء منه لزمه قبوله في حق الحل والحرمة ضرورة لما ذكرنا وان كان لا يقبل قوله فيه قصدا بأن قال هذا حلال وهذا حرام قال رحمه الله (والمملوك والصبي في الهدية والاذن والفاسق في المعاملات) أي خبر هؤلاء يقبل فيما ذكره لانه من المعاملات وأصله أن المعاملات يقبل فيها خبر كل عبر حر اكان أو عبدا مسلما أو كافرا صغيرا أو كبيرا للضرورة الداعية الى سقوط اشتراط العدالة فان انسانا قلما يجد المستجمع لشرائط العدالة ليعامله أو يستفتيه ويبعثه الى وكلائه ونحو ذلك ولا دليل مع السامع يميز به سوى الخبر فلو لم يقبل خبره لامتنع باب المعاملات ووقعوا في حرج عظيم وبابه مفتوح ولان المعاملات ليس فيها الزام واشتراط العدالة للالزام فلا معنى لاشتراطها في الان الحال فيما حال مسالة لا حال منازعة حتى يخاف فيها التزاور والاشتغال بالا باطيل ولان المعاملات أكثر وقوعا فاشتراط العدالة فيها يؤدي الى الحرج فيشترط فيها التمييز لا غير فاذا قبل فيها قول المميز وكان في ضمن قبول قوله فيها قبوله في الديانات يقبل قوله في الديانات ضمنا لما ذكرنا حتى اذا قال ممر هذا أهدى اليك فلان أو قالت جارية لرجل بعثني مولاي اليك هديه فوسعه الاخذ والاستعمال حتى جازله الوطء بذلك الخبر لان الحل والحرمة وان كانت من الديانات صارت تبعا للمعاملات فيثبت بثبوت المعاملات ولأن كل معاملة لا تخلو عن ديانة فلو لم يقبل فيها في ضمن المعاملات لأدى الى الحرج وكان فيه سد باب المعاملات بالكلية وهو مفتوح فيقبل قول المميز فيما ضرورة بخلاف الديانات المقصودة لانها لا يكثر وقوعها كالمعاملات فلا حرج في اشتراط العدالة ولا حاجة الى قبول قول الفاسق لانه متهم فيها وكذا الكافر والصغير متهمان لانهما لا يلتزمان الحكم فليس لهما أن يلزما غيرهما بخلاف العامة لانها جائرة معهما ومن ضرورة جواز اهما معهما قبول قولهما لانها لا تأتي الا بقبول قولهما ولا يقبل في الديانات قول المستور في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة أنه يقبل قوله فيها بناء على ما شاهدهن في أهل عصره لان الصلاح كان غالبا فيه

فيه ولهذا جاز القضاء بشهادته والظاهر أنه كالفاسق حتى يعتبر في خبره في الديانات أكبر الرأي كما في خبر الفاسق لظهور الفساد في زماننا ويقبل قول العبيد والاماء اذا كانوا عدولا لترجح جانب الصدق كخبر الحر اذا كان عدلا ومن المعاملات التوكيل والاذن في التجارة وكل شئ ليس فيه الزام ولا مايدل على النزاع فان كان فيه شئ من ذلك لا يقبل فيه خبر الواحد على مانبينه في فصل البيع من هذا الكتاب ومن الديانات الاخبار بنجاسة الماء حتى اذا أخبره عدل أنه نجس تنجس ولا يتوضأ به وان كان الخبر فاسقا تحري فيه وكذا اذا كان مستورا في الصحيح فان غلب على ظنه أنه صادق تنجس ولا يتوضأ به وان أراقه ثم تيمم كان أحوط لان التحري مجوز دظن فلا يسقط به احتمال الكذب فيه بخلاف خبر العدل لانه لا يحتمل الكذب فلا حاجة الى الاراقة معه ولو كان أكبر رأيه أنه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب وهذا جواب الحكم وأما الاحتياط فأن يتيمم لان التحري مجوز دظن فلا يدفع احتمال ضده ومن الديانات الحل والحرمة المقصودان ولم يكن فيهما زوال الملك فخاص لها كن محل اخبار أنواع أحدها خبر الرسول عليه الصلاة والسلام فيما ليس فيه عقوبة فيشترط فيه العدالة لا الاخر والثاني خبره عليه الصلاة والسلام فيما فيه عقوبة فهو كالاول عند أبي يوسف وهو اختيار الخصاف خلافا لابي الحسن الكرخي حيث يشترط فيه التواتر عنده وشهر رمضان من القسم الاول والثالث حقوق العباد فما فيه الزام من كل وجه فيشترط فيه العدالة والعدد والحرية ولفظة الشهادة والرابع حقوق العباد فما فيه الزام من وجه دون وجه فيشترط فيها أحد شطري الشهادة اما العدد أو العدالة عنده أبي حنيفة خلافا لهما حيث يقبل فيما عندهما خبر كل مميز والخامس المعاملات فيقبل فيها خبر كل مميز على ما نبينه وقد بينا أمثلة كل قسم في موضعه من كتاب النكاح ومن كتاب الوكالة والشهادة قال رحمه الله (ومن دعي الى وليمة وعلم أنه لعب وغناء فعند وبا كل) أي اذا حدث اللعب والغناء عنده بعد حضوره يقعد ويأكل ولا يترك ولا يخرج لان اجابة الدعوة سنة قال عليه الصلاة والسلام من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم فلا يترك كما اذا اقترنت البدعة من غير كمالا قال بخلاف ما لا يترك كما لاجل النائحة فان قد رعلى المنع منهم وان لم يقدر يصبر لقوله عليه الصلاة والسلام من رأى منكم منكرا فليغيره بيده فان لم يستطع فبلسانه فان لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الايمان وقال أبو حنيفة اذا علم بذلك من بهذا من قبل أن يدخل لم يقعد ويأكل بل يخرج ولا يقعد لان في ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين والحكي عن أبي حنيفة رحمه الله كان قبل أن يصير مقتدى به وان كان ذلك على المائدة فلا يقعد لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين وان كان مثل اللعب وغناء قبل أن يحضرها فلا يحضرها لانه لا يلزمه اجابة الدعوة اذا كان هناك منكر وقال علي رضي الله عنه صنعت طعاما فدعوت رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاء فرأى في البيت تصاويرفرجع رواه ابن ماجه وعن ابن عمر أنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن مطعمين عن الجلوس على مائدة يشرب عليها الخمر وأن يأكل وهو منبطح رواه أبو داود وتوجد المسئلة على أن اللاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب وكذا قول أبي حنيفة بتليث يدل على ذلك لان الابتلاء يكون بالحرام وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليكونن من أمتي أقوام يستحلون الخمر والخز والخز والمعازف أخرجه البخاري وفي لفظ ليشربن ناس من أمتي الخمر يسمونها بغير اسمها يعزف على رؤسهم بالمعازف والمغنيات يخسف الله بهم الارض ويجعل منهم

صاحب السنن باسناده الى عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من دعي فلم يجب فقد عصى الله ورسوله ومن دخل على غير دعوة دخل سارقا وخرج مغيرا وروى في السنن أيضا مسندا الى ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا دعي أحدكم الى الوليمة فليأتها فان كان مفطرا فليطعم وان كان صائما فليدع وروى في السنن أيضا مسندا الى جابر قال قال النبي صلى الله عليه وسلم من دعي فليجب فان شاء طعم وان شاء ترك ذكره في كتاب الاطعمة اه اتقاني (قوله والحكي عن أبي حنيفة رحمه الله كان) أي حال شبابه اه غاية (قوله وان كان ذلك على المائدة فلا يقعد) قال الاتقاني وقالوا هذا اذا لم يعلم قبل أن يدخل عليهم فان علم قبل الدخول ان كان بحيث ما يعلم أنه لو دخل عليهم يتركون ذلك احتراما له فعليه أن يذهب لان فيه ترك المعصية والنهي عن المنكر وان علم أنه لو دخل عليهم لا يتركون فلا يدخل عليهم اه اتقاني (قوله ومن دخل سارقا وخرج مغيرا) قال الاتقاني أما كونه سارقا فلانه دخل بغير اذن صاحبه وأما كونه مغيرا فلانه أخذ شيئا من الطعام وأكله بغير اذن صاحبه اه (قوله وروى في السنن أيضا مسندا الى ابن عمر) قال الاتقاني أما كونه مسندا فلان الدارقطني ذكره في سننه بالاسناد المذكور وأما كونه مرفوعا فلان الدارقطني ذكره مرفوعا اه (قوله وروى في السنن أيضا مسندا الى جابر) قال الاتقاني أما كونه مسندا فلان الدارقطني ذكره في سننه بالاسناد المذكور وأما كونه مرفوعا فلان الدارقطني ذكره مرفوعا اه (قوله وان شاء ترك ذكره في كتاب الاطعمة) قال الاتقاني أما كونه مذكورا في كتاب الاطعمة فلان الحاكم ذكره في كتاب الاطعمة من المستدرك اه (قوله ومن دخل على غير دعوة دخل سارقا وخرج مغيرا) قال الاتقاني أما كونه سارقا فلانه دخل بغير اذن صاحبه وأما كونه مغيرا فلانه أخذ شيئا من الطعام وأكله بغير اذن صاحبه اه (قوله وروى في السنن أيضا مسندا الى ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا دعي أحدكم الى الوليمة فليأتها فان كان مفطرا فليطعم وان كان صائما فليدع) قال الاتقاني أما كونه مسندا فلان الدارقطني ذكره في سننه بالاسناد المذكور وأما كونه مرفوعا فلان الدارقطني ذكره مرفوعا اه (قوله وروى في السنن أيضا مسندا الى جابر قال قال النبي صلى الله عليه وسلم من دعي فليجب فان شاء طعم وان شاء ترك) قال الاتقاني أما كونه مسندا فلان الدارقطني ذكره في سننه بالاسناد المذكور وأما كونه مرفوعا فلان الدارقطني ذكره مرفوعا

﴿ فصل في اللبس ﴾ (قوله كسرحان) منسوب الى كسرى وهو لقب ملوك الفرس اه (قوله الاستطعا) أي البسيمته اه (قوله وقال محمد يكره ذلك) وذكر خواهر الاسلام عن نوادر هشام أن محمدا كره تكة الديباج والابريسم وقال في فتاوى الصغرى ولا بأس بتكة الحرير عند أبي حنيفة اه اتقاني (قوله ذكره في الجامع الصغير) أي ولم يذكر فيه قول أبي يوسف وقد ذكر الكرخي في مختصره قول أبي يوسف مع محمد وتبعه القدوري وغيره (١٤) قال الكرخي قال أبو حنيفة لا بأس بافتراش الحرير والديباج والنوم عليه ما وكره ذلك أبو يوسف ومحمد وقال بشر عن أبي يوسف أحب الي أن لا يفعل الى هنا لفظ الكرخي اه غاية وكتب ما صه قال نور الاسلام في شرح جامع الصغير وكذلك اختلاف في ستر الحرير وتعليقه على الابواب يعني لا أس به عند أبي حنيفة ويكره عند محمد لهما العمومات في تحريم الحرير وهي تشمل اللبس والتوسد جميعا اه غاية (قوله وذكر أبو الليث) أي في شرح جامع الصغير اه غاية (قوله فالمختار ما ذكره في الارجوان) قال ابن الاثير فيه أنه نهى عن ميثرة الارجوان المئيثرة بالكسر مفعلة من الوثارة يقال وثر وطئة مهموز وبثرى وطي بين وأصله موثرة فقلبت الواو ياء لكسرة الميم وهي من مراكب العجم تعمل من حرير أو ديباج والارجوان صبغ أحمر وتتخذ كالفراش الصغير وتحشى بقطن أو صوف يجعلها الراكب تحته على رحل فوق الجمال ويدخل ميثر السروج لان النهي يشمل كل ميثرة حمراء سواء كانت على رحل أو سرج اه ذكره في باب الوضوء الثالثة اه (قوله وهو زي الاكاسرة) قال الاتقاني ولان القليل من الملبوس كالاعلام حلال وهو العلم فكذا القليل من الابريسم وهو التوسد والاقتراش لانه ليس باستعمال كامل وذلك لان التوسد والاقتراش والنوم عليه استعمال وهو مع ذلك استهانة متصرمة في الاستعمال والتزين به فلم تتحقق حكم التحريم من اللبس الذي هو الاستعمال الكامل اليه فلم يحرم بل كان ذلك تقليلا بلبس وخروجا وتوغيبا في نعيم الآخرة اه (قوله من رفقة حرير) قال الاتقاني والمراد من المرفقة بكسر الميم وسادة الاتكاء اه

القرد تو نمازير رواه ابن ماجه واختلفوا في التفي المجرد قال بعضهم اه حرام مطلقا والاستماع اليه معصية لاحلال ما روينا واليه أشار في الكتاب وهو اختيار شيخ الاسلام رحمه الله تعالى ولو سمع بغتة فلا اثم عليه ومنهم من قال لا بأس بأن يتغنى ليستفيد به فهم القوافي والفصاحة ومنهم من قال يجوز التغني لدفع الوحشة اذا كان وحده ولا يكون على سبيل اللهو واليه مال شمس الائمة السرخسي رحمه الله لانه روى ذلك عن بعض الصحابة رضي الله عنهم أجمعين ولو كان في الشعر حكم أو عبر أو فقه لا يكره وكذا لو كان فيه ذكر امر أة غير معينة وكذا لو كانت معينة وهي ميتة ولو كانت حية يكره

﴿ فصل في اللبس ﴾ قال رحمه الله (حرم للرجل لا للمرأة لبس الحرير الا قدر أربع أصابع) أي حرم على الرجل لا على المرأة لبس الحرير والدام تأتي معنى على قال الله تعالى وان أساتم فلها أي فعليها واتخاذ حرير لبس الحرير على الرجال دون النساء لما روي عن أبي موسى الاشعري أن النبي صلى الله عليه وسلم أحل الذهب والحرير لاناث من أمته وحرم على ذكورها رواه أحمد والنسائي والترمذي وصححه وعن عمر أنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تلبسوا الحرير فانه من لبسه في الدنيا لم يلبسه في الآخرة وعن أنس مثله عن النبي صلى الله عليه وسلم رواهما البخاري ومسلم وأحد الا أن السيور عفو مقدار أربع أصابع كما ذكر هنا لما روى عن عمر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن لبس الحرير الا هكذا ورفع لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم السبابة والوسطى وضمهما رواه أحمد ومسلم والبخاري وفي لفظ نهى عن لبس الحرير الا موضع اصبعين أو ثلاثة أو أربعة رواه مسلم وأحمد وأبو داود وجماعة آخرون وعن أسماء أنها أخرجت جبة طيالسة عليها لبنة شبر من ديباج كسروانى وفرجيها مكفوفين بديباج فقالت هذه جبة رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يلبسها كانت عند عائشة رضي الله عنها فلما قبضت عائشة قبضتها الى فنحن نغسلها للمرضى نستشفي بها رواه أحمد ومسلم ولم يذكر لفظة الشروعن معاوية نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ركوب النمار وعن لبس الحرير الا مقطعا رواه أحمد وأبو داود والنسائي وكذا الثوب المسوح بالذهب لا يكره اذا كان قدر أربع أصابع وان كان أكثر من ذلك يكره فالى المحيط وكذا تكة الحرير ولبنته وهو الثوب لا يحل للرجال لانه استعمال تام قال رحمه الله (وحل توسده وافتراشه) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله يكره له ذلك ذكره في الجامع الصغير وذكر القدوري قول أبي يوسف مع محمد وذكره أبو الليث مع أبي حنيفة لمحمد ما روى عن حذيفة أنه عليه الصلاة والسلام نهانا أن نشرب في آنية الذهب والفضة وأن نأكل فيها وعن لبس الحرير والديباج وأن نجلس عليه رواه البخاري وعن علي رضي الله عنه قال نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الجلوس على المياثر والنمارثي كانت تصنعه النساء لبعولتهن على الرحل كالقطائف من الارجوان رواه مسلم والنسائي وقال سعد ابن أبي وقاص لان أنكئ على جمر الغضا أحب الي من أن أنكئ على مرافق الحرير وعن علي أنه أتى بدابة على سرجها حرير فقال هذا لهم في الدنيا ولنا في الآخرة ولان التنعم بالتوسد والافتراش مثل التنعم باللبس وهو زي الاكاسرة والتشبه بهم حرام قال عمر رضي الله عنه اياكم وزي الاعاجم ولابي حنيفة رحمه الله ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم جلس على مرفقة حرير ولان القليل من الملبوس مباح

(قوله نحو ذهبا) النمرق بالفتح والاتباع والضم تعريب نمرد وهو أن يعلم بهذا القدار انتفاعه عند فى الآخر وتمنعه ويرغب فى سبب وصوله اليه اه (قوله اذ هما لابلبسان) أى وانما ينتفع منهما الكرسى ونحوه فلا يكون الجلوس على الكرسى أو نحوه تاما الى الكامل فى الآخرة قوله فلا يكون أى الكرسى فى الدنيا اه (قوله فى المتن وليس ماسداه حرير) قال فى المصباح السدى وزان الحمى من الثوب خلاف اللحمة وهو ما يمتد طولا فى النسج اه (قوله فى المتن ولحمته قطن) قال فى المغرب واللحم من الثياب ماسداه ابريسم ولحمته غيره ابريسم ومنه الولاء لحمة كلحمة النسب أى تشابك وصلته كوصلته اه قال فى المصباح ولحمة الثوب ما ينسج عرضا بالفتح والضم لغة وقال الكسائى بالفتح لا غير وافتصر عليه ثعلب وبالضم القرابة والفتح لغة اه (قوله الخز) الخز (١٥) بفتح الخاء المعجمة وتشديد الزاى وهو اسم دابة تسمى المتخذ من وبره خزا اه عينى (قوله أو نقول) قال الاتقانى ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج وهو تركيب السدى واللحمة فكان صيرورته ثوبا مضافا الى اللحمة لان الشئ اذا تعلق وجوده بعلة ذات وصفين يضاف الى آخرهما وجودا فهذه النكتة تقتضى اباحة المتانى ونحوه اه (قوله ولان اللحمة هى التى تظهر) قال الاتقانى وهذه النكتة تقتضى أن السدى لو كان ظاهرا كالمتانى بكره لبسه اه (قوله لمعرة السلاح) أى شدته اه (قوله القز) القز معرب قال الليث هو ما يعمل منه الابريسم ولهذا قال بعضهم القز الابريسم مثل الحنطة والدقيق اه مصباح (قوله من الفضة) قيد للذكور وجميعه اه عينى (قوله وقع من يده فى البئر) فى بئر أريس اه غاية (قوله ومن الناس الخ) قال محمد فى الجامع الصغير عن يعقوب عن أبى حنيفة قال لا يتختم الا بالفضة وكان لا يرى بأسا بالفص يكون فيه الحجر فيه مسمار ذهب الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير وهى من الخواص وهذا نص على أن التختم بالحجر الذى يقال له يشب حرام لانه أطلق النهى حيث قال لا يتختم الا بالفضة ومن الناس من لا يراع التختم بذلك لان النهى ورد عن التختم بالذهب والحرير والصفر وليس هو من جملتها قال شمس الائمة فى شرح الجامع الصغير لم اعثر لفظ الكتاب كره بعض مشايخنا التختم بالعقيق والاصح أنه لا بأس بذلك وان مراده كراهة التختم بالذهب والحرير على ما ورد به الاثر لانه زى أهل النار فأما الياقوت ونحوه فلا بأس بالتختم به كالعقيق فقد ورد الاثر أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يتختم بالعقيق الى هنا لفظ شمس الائمة اه اتقانى ﴿فرع﴾ نقل صاحب الاجناس لا بأس للرجل أن يتخذ خاتما من فضة فصه منه وان جعل فصه من جزع أو عقيق

كالاعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال والجامع بينهما كون كل واحد منهما نموذجا ونظيره انكشاف العورة فى الصلاة فان القليل منه لا يفسد فكذا الكثير فى زمن قليل على ما عرف فى موضعه وهذا بخلاف كرسى الفضة أو الذهب حيث لا يجوز أن يقعد عليه لانه استعمال تام فى حقه اذ هما لا يلبسان فلا يكون نموذجا لان عين الشئ لا يكون نموذجا وانما يكون نموذجا اذا كان شيأ يباشر منه قال رحمه الله (وليس ماسداه حرير ولحمته قطن أو خز) لان الصحابة رضى الله عنهم كانوا يلبسون الخز وهو اسم للسدى بالحرير ولان اللحم لا يصير ثوبا الا بالنسج والنسج بالسدى فكانت هى المعتبرة أو نقول لا يكون ثوبا الا بهما فتكون العلاقات وجهين فيعتبر آخرهما وهو اللحمة ولان اللحمة هى التى تظهر فى المنظر فيكون العبر بما يظهر دون ما يخفى قال رحمه الله (وعكسه حل فى الحرب فقط) أراد به عكس المذكور وهو أن تكون لحمته حريرا وسداه غيره وهو لا يجوز الا فى الحرب فقط لما ذكرنا أن العبرة للسدى غير أن فى الحرب ضرورة ولا يجوز لبس الحرير الخالص فى الحرب عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز لما روى أنه عليه الصلاة والسلام رخص لبس الحرير والديباج فى الحرب ولان فيه ضرورة فان الخالص منه أدفع لحرة السلاح وأهيب فى عين العدو ولهذا يقع ولابى حنيفة رحمه الله اطلاق النصوص الواردة فى النهى عن لبس الحرير لانه تفصيل فيها بين حال وحال والضرورة اندفعت بالمخلوط الذى لحمته حرير فلا حاجة الى الخالص منه فحاصله أنه ثلاثة أنواع ما حرم برخالص أو مخلوط وهو ثوبان اما أن يكون الحرير سدى أو لحمة وقد ذكرنا حكم كل واحد منهما ما توفيق الله تعالى وقال أبو يوسف رحمه الله أكره ثوب القز يكون بين الظهارة والبطانة ولا أرى بحشو القز بأسا لان الحشو غير ملبوس فلا يكون ثوبا قال رحمه الله (ولا يتختم الرجل بالذهب والفضة الا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة) لما روينا غير أن الخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة مستثنى بحقيقة المعنى النموذج والفضة أغلب من الذهب لانهما من جنس واحد وقد ورد آثار فى جواز التختم بالفضة وكان النبى صلى الله عليه وسلم خاتم فضة وكان فى يده الى أن توفى ثم فى يد أبى بكر الى أن توفى ثم فى يد عمر الى أن توفى ثم فى يد عثمان الى أن وقع من يده فى البئر فانفق فى طلبه مالا عظيما فلم يجده ووقع الخلاف فيه والتشويش بينهم من ذلك الوقت الى أن استشهد رضى الله عنه ولا يتختم بغير الفضة كالحجر والحديد والصفر لما روى أنه عليه الصلاة والسلام رأى على رجل خاتم صفر فقال مالى أجد منك رائحة الاصنام ورأى على آخر خاتم حديد فقال مالى أرى عليك حلية أهل النار وروى عن ابن عمر أن رجلا جلس الى النبى صلى الله عليه وسلم وعليه خاتم ذهب فأعرض عنه فقام ثم عاد وعليه خاتم حديد فقال عليه الصلاة والسلام هذا شر منه هذه حلية أهل النار ومن الناس من أطلق التختم بحجر يقال له يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل اجروا التختم

أو فيروزج أو ياقوت أو زمرد فلا بأس وان نقش عليه اسمه واسم أبيه أو ما يدله من ذكر الله كقولهم لي الله أو نعم القادر الله فلا بأس اه أتقاني (فرع آخر) قال العيني وفي الجنابي وليس بخاتمه في عنصره اليسرى ولا بليسه في اليمنى ولا في غير عنصره اليسرى من أصابعه قال الاتقاني وسوى الفقيه (١٦) أبو الليث في شرح الجامع الصغير بين اليمين واليسار وهو الحق لانه اختلفت الروايات عن

رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك اه (قوله في المتن والافضل لغير السلطان الخ) قال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير ثم التختم انما يكون سنة اذا كانت له حاجة الى التختم بأن كان سلطانا أو خاسا أما اذا لم يكن محتاجا الى التختم فالترك أفضل اه غاية (قوله وقال محمد الخ) والشيخ أبو جعفر الهندواني أخذ بقول محمد في شرح الآثار اه غاية (قوله كالاب) قال الاتقاني بالكاف وتخفيف اللام اسم وادبين الكوفة والبصرة كانت به وقعة عظيمة للعرب في حديثها طول وللعرب فيها أشعار اه قال في المصباح والكلاب وزان غراب ماء لبني تميم وكان بها وقعة مشهورة بين العرب قيل المبعث بخمس سنين وهو عن اليمامة ستة أميال اه (قوله في المتن وكره الخ) وعند الثلاثة لا يكره اه ع (قوله لان المسلمين الخ) قال في فخر الاسلام وحاصله أن من فعل شيأ من ذلك تكبرا فهو مكروه وبدعة ومن فعل لحاجة وضرورة لا يكره ونظيره التربع في الجلوس والاتكاء فعله الرجل

بالذهب حرام لما روينا وعن علي رضي الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن التختم بالذهب ولان الاصل فيه التحريم والاباحة ضرورة التختم والفوذج وقد اندفعت بالادنى وهي الفضة والحلقة هي المعتبرة لان قوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتى يجوز من الجوهر ويجعل الفص الى باطن كفه بخلاف المرأة لانه زينة في حقها والاولى أن لا يتختم اذا كان لا يحتاج اليه وان كان يحتاج اليه كالقاضي والسلطان يتختم بها اذا كان من عسار الذهب يجعل في حجر الفص أي في ثفبه لانه تابع كالعلم فلا يعد لابساله ولا يزيد وزنه على مثقال لقوله عليه الصلاة والسلام اتخذ من الورق ولا تزده على مثقال قال رحمه الله (والافضل لغير السلطان والقاضي تركه التختم وحرم التختم بالجوهر والحديد والصفر والذهب وحل مسمارا لذهب يجعل في حجر الفص) وقد بينا جميع ذلك قال رحمه الله (وشد السن بالفضة) أي يحل شد السن المتحركة بالفضة ولا يحل بالذهب وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد رحمه الله يحل بالذهب أيضا وهو رواية عنهما للمارورى أن عرفجة بن سعد أصيب أنفه يوم كلاب فاتخذ أنفا من فضة فأنتن فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يتخذ أنفا من ذهب ولان الفضة والذهب من جنس واحد والاصل الحرمة فيهما فاذا احل التضبب بأحدهما عمل بالآخر وجه المذكور هنا أن استعمالهما حرام الا للضرورة وقد زالت بالادنى وهو الفضة فلا حاجة الى الاعلى فبقي على الاصل وهو الحرمة والضرورة لما روي لم تندفع بالفضة حيث أنتنت ولان كلا منافي الدين والمروى في الانف فلا يلزم من عدم الاغناء في الانف عدم الاغناء في السن الا ترى أن التضبب جاز لاجل الختم ثم لو وقع الاستغناء حالا في الاسار الى الأعلى ولا يجوز قياسه على الانف فكذا هنا وقد يحتمل أنه عليه الصلاة والسلام خص عرفجة بذلك كما خص الزبير بن العوام وعبد الرحمن بن عوف بلبس الحرير لاجل الحكة في جسمهما قال رحمه الله (وكره لباس ذهب وحرير صبيا) لان التحريم ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم الالباس أيضا كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها الصبي وكذا المبتة والدم قال رحمه الله (لا الخرقة لوضوء ومحاط والرتم) أي لا تكره الخرقة لوضوء ولا الرتم وفي الجامع الصغير يكره حمل الخرقة التي يمسح بها العرق لانها بدعة محدثة وتشبه بزي الاعاجم ولم يكن النبي صلى الله عليه وسلم يفعل ذلك ولا أحد من الصحابة ولا من التابعين وانما كانوا يمسحون بأطراف أرديتهم وفيها نوع تجبر وتكبر والصحيح أنها لا تكره ولا الرتم لان المسلمين قد استعملوا في عامة البلدان مناديل الوضوء والخرق لمسح الخفاف والعرق وحمل شيء يحتاج اليه ومادأه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن حتى لو حملها من غير حاجة يكره كالتربع والاتكاء فانهما لا يكرهان اذا كانا لحاجة وبكرهان من غير حاجة والرتم هي الرتبة وهي خيط التذكير يعقد في الاصبع وكذلك الرتبة قال الشاعر

اذا لم تكن حاجاتنا في نفوسكم * فليس بمغن عنك عقد الرتائم

وقيل الرتم ضرب من الشجر وأشد ابن السكيت

هل ينفعنك اليوم ان عجت بهم * كثم تماوتصي وتعقاد الرتم

وقال معناه أن الرجل كان اذا خرج الى سفر عمد الى هذا الشجر فشد بعض أغصانه ببعض فاذا رجع وأصابه على تلك الحالة قال لم تخبئ امرأتي وانما أصابه قدما فعل قال ثابتي هكذا المروي عن الثقات الآن الليث ذكر الرتم بمعنى الرتبة كذا في المغرب ثم الرتبة قد تشبه بالتميمة على بعض الناس وهي خيط كان

نحو تكبر اوقد يفعله الرجل للضرورة والحاجة ويكره اه اتقاني (قوله وتعقادا لرتم) والتعقاد مصدر بمعنى العقد بر بط على وزن التفعال كالتلعاب والنهذار والبيت رواية الثقات من أهل اللغة هل ينفعنك بلفظ هل وهو القياس بكلام العرب والفقهاء رووه في كتبهم لا ينفعنك بحرف النفي وليس ذلك بقياس لان حرف التوكيد لا يدخل في النفي الا نادرا في الشعر وقوله عمت بناء التأنيث وهي

زوال النقات ورؤى بخطهم هدت بشاء الخطاب لتذكر على حذف احدى اليمين وذلك ضعيف ترجمه من قبيل قوله * أحسن به فهن لنا شوس * اه اتقانى رحمه الله (قولهوالقسامة) القسام جمع قيمة وهى خورات كانت العرب تحلفها على أولادهم يقتلون بها العين فى زعمهم فأبطله الاسلام والحديث الآخر من علق تميمة فلا أتم الله له كأنهم يعتقدون أنها تمام الدواء والشفاء وانما جعلها شركا لانهم أرادوا بها دفع المقادير المكتوبة عليهم وطلبوا دفع الأذى من (١٧) غيرالله الذى هو دافعه اه ابن الاثير

﴿ فصل فى النظر والمس ﴾ (قوله لا انه لا يكفهما) قلت معنى كلامه لا ينبغى له أن ينظر من أعضاء الحرة الى غير وجهها وكفيها والمقصود نفى جواز النظر الى غير الوجه والكفين والدلالة على جواز النظر الى هذه الاعضاء وليس فيه ما يدل على التعريض على النظر الى هذه الاعضاء ولا يدل التركيب عليه فافهم اه عينى (قوله والمراد بمواضعها) قال الاتقانى وذكر الزينة وأراد مواضعها للبالغة فى الستر اه (قوله وهذا يفيد الخ) قال الاتقانى وعن أصحابنا وبإسنادى فى القدم فى ظاهر الرواية لا يحل النظر اليها ولا يباح النظر الى غير الوجه والكف وقال الكرخى فى مختصره قال ابن شجاع عن الحسن عن أبى حنيفة أنه يجوز النظر الى وجهها وكفيها وقدميها اه (قوله لم يرح رائحة الجنة) ضبطه الشارح بالقلم بضم الياء وكسر الراء قال ابن الاثير وفيه من قتل نفسا معاهدة لم يرح رائحة الجنة أى لم يشم ريحها يقال راح يريح وراح يراح وأراح يريح اذا وجد

﴿ فصل فى النظر والمس ﴾

يربط فى العنق أو فى اليد فى الجاهلية لدفع المضرة عن أنفسهم على زعمهم وهو منهى عنه وذكر فى حدود الايمان أنه كفر والرتبة مباح لانها ترتبط للتذكر عند النسيان وليست كالتميمة وقد روى أنه عليه الصلاة والسلام أمر بعض أصحابه بها وتعلق بها غرض صحيح فلا يكره بخلاف التميمة فانه عليه الصلاة والسلام قال فيها ان الرقى والتمائم والتولة شرك على ما يجىء بيانه وتأويل الرقى فى آخر هذا الكتاب عند ذكر التداوى بالفتحة ان شاء الله تعالى

﴿ فصل فى النظر والمس ﴾ قال رحمه الله (لا ينظر الى غير وجه الحرة وكفيها) وهذا كلام فيه خلل لانه يؤدى الى أنه لا ينظر الى شئ من الاشياء الا الى وجه الحرة وكفيها فيكون تحريضا على النظر الى هذين العضوين والى تولك النظر الى كل شئ سواهما وليس هذا مقصودى هذه المسئلة وانما المقصود فيها أنه يجوز له النظر الى هذين العضوين لانه لا يكفهما وانما جاز النظر اليهما لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها قال على وابن عباس رضى الله عنهم ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد به موضعهما وهو الوجه والكف كأن المراد الصلاة فى قوله تعالى لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى مواضعها ولان فى ابداهما ضرورة لحاجتها الى المعاملة مع الرجال والاعطاء وغيرذلك ممن المخالطة فيها نوع ضرورة كالمشى فى الطريق ونحو ذلك والاصل أن لا يجوز النظر الى المرأة لما فيه من خوف الفتنة ولهذا قال عليه السلام المرأة عورة مستورة الا ما استثناه الشرع وهما العضوان وهذا يفيد أن القدم لا يجوز النظر اليه وعن أبى حنيفة أنه يجوز لان فى تغطيته بعض الحرج وعن أبى يوسف رحمه الله أنه يباح النظر الى ذراعها أيضا لأنه يبدو منها عادة وما عدا ما استثنى من الاعضاء لا يجوز له أن ينظر اليه لقوله عليه الصلاة والسلام من نظر الى محاسن امرأة أجنبية عن شهوة صب فى عينه الآنك يوم القيامة فالواو لا يأس بالتأمل فى جسدها وعليها ثياب مالم يكن ثوب بين جسمها فيه فلا ينظر اليه حينئذ لقوله عليه الصلاة والسلام من تأمل خلق امرأة وراء ثيابها حتى تبين له عجم عظامها لم يرح رائحة الجنة ولانه متى لم تصف ثيابها فما تحتها من جسدها يكون ناظرا الى ثيابها وقائما دون أعضائها فصار كما اذا نظر الى خيمة فيها امرأة ومتى كان يصف يكون ناظرا الى أعضائها قال رحمه الله (ولا ينظر من اشتهى الى وجهها الا الحاكم والشاهد ينظر الطبيب الى موضع مرضها) والاصل فيه أنه لا يجوز أن ينظر الى وجه امرأة أجنبية مع الشهوة لما روينا الا للضرورة اذا تيقن بالشهوة أو شك فيها وفى نظر القاضى اذا أراد أن يحكم عليها أو الشاهد اذا أراد أداء الشهادة وفى نظر الطبيب الى موضع المرض ضرورة فرخص لهم احياء لحقوق الناس ودفعا لحاجتهم فصار كنظر الختان والخافضة وكذا ينظر الى موضع الاستقاء للمرض لانه مندوا وتوكدا للهزال الفاحش لانه أمارة المرض ويجب على الشاهد أداء الشهادة والحكم لاقصاء الشهوة تحرزا عن التضييع بقدر الامكان هذا وقت الاداء وأما وقت التحمل فلا يجوز له أن ينظر اليها مع الشهوة لانه يوجد من لا يشتهى فلا حاجة اليه وينبغى للطبيب أن يعلم امرأتان أمكن لان تنظر الجس أخف وان لم يمكن ستر كل عضو منها سوى موضع المرض ثم ينظر وبغض بصره عن غير ذلك الموضع ما استطاع لان ما ثبت

(٣ - زيلعى سادس)

بالضرورة يتقدر بقدرها والحديث الشئ والثلاثة قد روى بها الحديث اه (قوله لانه أمارة المرض) أى لان آخره الذى والسل اه (قوله تحرزا عن التضييع بقدر الامكان) قال الاتقانى وأما الاشهاد على الفضاء فلأن الاشهاد لا يصح مع جهالة الوجه والقضاء كذلك فكان فيهما الضرورة والضرورة الماسة أثرا باحة المحرم كضرورة المخمصة يباح بها تناول الميتة بخلاف ضرورة المعاملة لان المعاملة مع المجهولة الوجه جائزة فلم يكن فيه ضرورة ماسة وفيه حرج فأبحنا النظر من غير شهوة للمعاملة ولم يبح حال الشهوة وأما حال ارادة النكاح والشراء فلان النظر بشهوة محارم لعينه وانما حرم لانه يصير سببا للوقوع فى الزنا والنظر عند ارادة النكاح والشراء يصير سببا للوطء الحلال لا للزنا اه

(قوله وتغلى رأسه) من باب رمى اه قال في المصباح غليت رأسي فليها من باب رمى نقيته من القمل اه (قوله برفق) ولا ينازعه ان بلغ اه اتقاني (قوله وفي القضة بعض) ولا يضربه ان بلغ اه اتقاني (قوله ووجهه الفرق بين نظره ونظرها) حيث كان نظر الرجل حراما وغض بصرها مندبا اه اتقاني (قوله أن ينظر اليه من الرجل) أي لان المرأة تحتاج الى دخول الحمام والى أن تعمل في بيتها متبرزة والنساء تدخل عليها فلولم تجوز النظر أدى ذلك الى تضييق الامر على الناس فقلنا بالجواز ولان المرأة لا تشتهى المرأة غالبا كما لا يشتهي الرجل الرجل فاذا جاز النظر الى الرجل كذلك يجوز للمرأة النظر الى المرأة لانعدام الشهوة غالبا ووجود الحاجة كالى نظر الرجل الرجل اه اتقاني (قوله لان الرجال يحتاجون الخ) لان الرجل قد يعمل متبرزا عند الحاجة ويغلب ذلك فلولم نجوز لها النظر اليه لضاق الامر على الناس في ذلك اه اتقاني (قوله الا أن لا ينظر) أي فعلى الاولى أن لا ينظر) روى عن عائشة رضي الله عنها قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يرمني ولم أر منه وهذا من مكارم الاخلاق فالدليل على تحريم النظر لما قلنا اه غاية

للضرورة يقدر بقدرها ولو أراد أن يتزوج امرأة فلا بأس بأن ينظر اليها وان خاف أن يشتهيها فعرفه عليه الصلاة والسلام لغيره بن شعبة حين خطب امرأة نظر اليها فانه أحرى أن يؤدم بينكما رواه الترمذي والنسائي وغيرهما ولان مقصوده اقامة السنة لا قضاء الشهوة ولا يجوز له أن ينهى وجهها ولا كفيها وان أمن الشهوة لوجود المحرم وانعدام الضرورة والباقي وقال عليه الصلاة والسلام من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمر يوم القيامة هو هذا اذا كانت شابة تشتهى وأما اذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا بأس بمصافحتها ومسها لانعدام خوف الفتنة وقد روي أن أبا بكر رضي الله عنه كان يدخل على بعض القبائل التي كان مسترضعا فيهم وكان يصافح العجائز وعبد الله بن الزبير رضي الله عنه استأجر عجوزا لتمرضه وكانت تكسب رجليه وتغلي رأسه وكذا اذا كان شيخا لا من على نفسه وعليها وان كان لا يأمن عليها أو على نفسه لا يحل له مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة فحاصله أنه يشترط لجواز المس أن يكونا كبيرين مأمونين في رواية وفي رواية يكتفي بأن يكون أحدهما كبيرا مأمونا لان أحدهما اذا كان لا يشتهي لا يكون المس سببا للوقوع في الفتنة كالصغيرة وجه الاولى أن الشاب اذا كان لا يشتهي عجوزا لكبرها لعجوز تشتهي عجوزا مثلها علت بلاذا لجماع فيؤدي الى الاشتهاء من أحد الجانبين وهو حرام بخلاف ما اذا كان أحدهما صغيرا لانه لا يؤدي الى الاشتهاء من الجانبين لان الكبير كما لا يشتهي عجوزا مثله لا يشتهي الصغيرة أيضا بحسب العلم ولهذا الومات صغيرا وصغيرة يقبل الرجل والمرأة أعم لانه يبلغ حد الشهوة قال رحمه الله (ونظر الرجل الى الرجل الا العورة) وهي ما بين السرة والركبة والسرة ليست من العورة والركبة عورة وانما بين الشيخ رحمه الله العورة هنا لانه بينها في كتاب الصلاة وكتفي بذلك وقد بينا الدليل هناك شم حكم العورة في الركبة أخف منه في الفخذ وفي الفخذ أخف منه في السوأة حتى ينكر عليه في كشف الركبة برفق وفي الفخذ بعنف وفي السوأة بضرب ان بلغ قال رحمه الله (والمرأة المرأة والرجل كالرجل) ومعناه المرأة والرجل للمرأة كالرجل الرجل أي نظر المرأة الى المرأة والرجل كنظر الرجل الى الرجل حتى يجوز للمرأة أن تنظر منها الى ما يجوز للرجل أن ينظر اليه من الرجل اذا أمنت الشهوة والفتنة لان ما ليس بعورة لا يختلف فيه النساء والرجال فكان لها أن تنظر منه ما ليس بعورة وان كان في ظهرها شهوة أو في أكبر رأيها انها تشتهي أو شكت في ذلك يستحب لها أن تغض بصرها ولو كان الرجل هو الناظر الى ما يجوز له منها كالوجه والكف لا ينظر اليه حتما مع الخوف لانه يحرم عليه ووجه الفرق بين نظرها ونظره أن الشهوة عليين غالبة وهي كالمتحقق حكما فاذا اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة من الجانبين واذا اشتهت هي لم يوجدا لا منها فكانت من جانب واحد والموجود من الجانبين أقوى في الاقتضاء الى الوقوع وانما كان للمرأة أن تنظر من المرأة الى ما يجوز للرجل أن ينظر اليه من الرجل للجانسة وانعدام الشهوة غالبا كما في نظر الرجل الى الرجل وكذا الضرورة قد تحققت فيما بينهن وعن أبي حنيفة رحمه الله أن نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى محارمه فلا يجوز لها أن تنظر من المرأة الى الظهر والبطن في هذه الرواية بخلاف نظرها الى الرجل لان الرجال يحتاجون الى زيادة الانكشاف وفي الرواية الاولى يجوز وهي اعم واسهل وما جاز للرجل أن ينظر اليه من الرجل جازله النظر اليه من المرأة لانه ليس بعورة ولا يخاف منه الفتنة قال رحمه الله (ويجوز الرجل الى فرج أمته وزوجته) معناه عن شهوة وغيرها لما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال غض بصرك الا عن زوجتك وأمتك وقالت عائشة رضي الله عنها كنت أغتسل أنا ورسول الله صلى الله عليه وسلم من اناء واحد ولو لم يكن النظر مباحا لما تجرد كل واحد منهما بين يدي صاحبه ولان ما فوق النظر وهو المس والقبلان مباح فالنظر أولى الا أن الاولى أن لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله عليه الصلاة والسلام اذا أتى أحدكم أهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العيرين ولان النظر الى العورة يورث النسيان قال علي رضي الله عنه من أكثر النظر الى سوأته عوقب بالنسيان فكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول الاولى أن ينظر الى فرج امرأته وقت الوقاع ليكون أبلغ

فى تحصيل معنى اللذة وعن أبى يوسف رحمه الله فى الاملى أنه قال سألت أبا حنيفة عن الرجل يمس فرج امرأته أو تمس هى فرجه ليتحرك عليه هل ترى بذلك بأسا قال لا انى لأرجو أن يعظم الاجر والمراد بالامة هنا هى التى يحل له وطؤها وأما اذا كانت لا تحل له كامته المجوسية أو المشركة أو كانت أمه أو أخته من الرضاع أو أم امرأته أو بنتها فانه يحل له النظر الى فرجها قال رحمه الله (ووجه محرميتها وورأسها وصدرها وساقها وعضدها الى ظهرها وبطنها وفخذها) أى يجوز أن ينظر الى وجه محرمه الى آخر ما ذكر ولا يجوز الى ظهرها الخ والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن أو آبائهن الآية ولم يريد به نفس الزينة لان النظر الى عين الزينة مباح مطلقا ولكن المراد موضع الزينة فالمراد أعم من موضع التاج والشعر والوجه موضع الكحل والعنق والصدر موضع القلادة والاذن موضع القرط والعضد موضع الدملوج والساعد موضع السوار والكف موضع الخاتم والخضاب والساق موضع الخلخال والقدم موضع الخضاب بخلاف الظهر والبطن والفخذ لانها ليست بمواضع الزينة ولان البعض يدخل على البعض من غير استئذان ولا احتشام والمرأة تكون فى بيتها بثياب مهنتها عادة ولا تكون مستترة فلو أمرت بالستر عن محارمها لحرجت حرجا عظيما ولان الحرمة المؤبدة تقلل الرغبة والشهوة فيها بل تعدمه بخلاف الاجانب والمحرم من لا يحل له نكاحها على التأبيد بنسب أو سبب كالرضاع والمصاهرة وان كان زنا وقيل انما كانت المصاهرة بالزنا لا يجوز له أن ينظر الا الى وجهها وكفها كالاجنبية لان ثبوت الحرمة فيه بطريق العقوبة على الزانى لا بطريق النعمة فلا يظهر فى حق سقوط حرمة النظر فيبقى حراما على ما كان ولان خيانته قد ظهرت مرة فلا يؤتمن ولان فيه اظهار الفاحشة بان يقال هى بنت من زنى بها أو أمها والستر واجب وهو بالحرمة والحرج أيضا منتف لعدم المخالطة عادة بسبب السفاح والاول أصح اعتبارا للصفة لانها محرمة عليه على التأبيد ولا نسلم أن الحرمة بطريق العقوبة بل بطريق الاحتياط فى باب الحرمات وقال الشافعى يجوز لرجل أن ينظر الى ظهر محارمه وبطنها بحمل حالها كحال الجنس فى النظر فلما لو كان الامر كما زعمها ثبت حكم الظهار أصلا لان صورة الظهار أن يقول لامرأته أنت على كظهر أمى فلو لم يكن ظهرها محرما عليه لما وقع تشبيها بالمحرم فلم يكن منكرا من القول وزورا فلم يثبت به حكم الظهار قال رحمه الله (ويحل ماعدا النظر اليه) أى من محارمه أو من الرجل لامن الاجنبية لتحقق الحاجة الى ذلك فى المسافرة والمخالطة وكان عليه الصلاة والسلام يقبل رأس فاطمة ويقول أجد منها ريح الجنة وكان اذا قدم من سفر يدب أبها فتقبلها وتعانقها وقال من قبل رجل أمه فكأنما قبل عتبة الجنة ولا بأس بالخلوة معها لقوله عليه الصلاة والسلام لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان والمراد اذا تمكن محرميا لان المحرم بسبيل منها الا اذا خاف عليها أو على نفسه الشهوة فحينئذ لا يحل له النظر اليها ولا يخلو بها لقوله عليه الصلاة والسلام العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش والرجلان تزنيان وزناهما المشى والفرج يصدق ذلك كله أو يكذبه فكان فى كل واحد منها نوع زنا والزنا محرم بجميع أنواعه وصورة الزنا بالمحارم أشد وأغلظ فيجتنب الكل ولا بأس بالسافر تهن لقوله عليه الصلاة والسلام لا تسافر المرأة فوق ثلاثة أيام ولياليها الا ومعها زوجها أو ذو رحم محرم منها وان احتاجت الى الاركاب والانزال فلا بأس بان يمسها من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتها اذا أمنا الشهوة واذا خافها عليها أو على نفسه أو ظنا أو شكا فليجتنب ذلك بجهده ثم ان أمكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك أصلا وان لم يمكنها تتلفف بالثياب كيلا تصل حرارة عضوها الى عضوه وان لم يجد الثياب فليدفع عن نفسه الشهوة بقدر الامكان قال رحمه الله (وأمة غيره كمحرمه) لانها تحتاج الى الخروج لحوائج مولاها فى ثياب مهنتها ولها مع جميع الرجال كحال المرأة مع محارمها وكان عمر رضى الله عنه اذا رأى أمة متقنعة علاها بالدرة وقال ألقى عنك الخمار يا دفار أتتشبهين بالحرائر ولا يجوز له أن ينظر الى ظهرها وبطنها كالمحارم خلافا لمحمد

(قوله لانها محرمة عليه على التأبيد) أى فيباح له النظر واللمس اه خان (قوله فى المتن وأمة غيره الخ) قال الولوالجى رحمه الله والحكم فى النظر واللمس والحمل والانزال مع أمة غيره كالحكم فى النظر واللمس مع المحارم لان الاماء ضرورة فى ابداء مواضع زينتها الباطنة من الاجانب لان الامة انما تشترى لاجل خدمة داخل البيت وخارج البيت فتكون متنوعة للاعمال متبرزة داخل البيت وخارج البيت فتكون مكشوفة فى هذه المواضع داخل البيت وخارجه فلو حرم عليها ابداء هذه المواضع من الاجانب وحرم على الاجانب النظر اليها لضاق الامر على الناس ولماضاق أمره اتسع حكمه كما فى المحارم وكذا فى المس ضرورة لان أمة الرجل تحتاج أن تخدم أباه الان فمست الضرورة الى الاباحة ولا ينبغى أن يمس شيأ لا يحل النظر اليه لانه مكشوف فلولا غير مكشوف الآن يضطر الى حمله والتزول به فلا بأس حينئذ بأن يأخذ بطنها أو ظهرها كما فى المحارم اه (قوله علاها بالدرة) أى ضرب علاوتها أحد رأسها اه غاية

ابن مقاتل فانه يستدل بقول ابن عباس من أراد أن يشترى جارية فلينظر اليها الا موضع المئزر قلنا لا ضرورة الى النظر والبطن كافى حق المحارم بل أولى لكمال الشهوة فيها وقلنا فى المحارم ولان مذاهب اليه يؤدى الى أن النظر الى ظهر ها لا يجوز لانها للعصبة ظهار من امرأته على الوجه الذى بيناه ويجوز ذلك للاجنبى وهذا خلف قال رحمه الله (وله من ذلك ان أراد الشراء وان اشتهى) أى جازله أن يمس كل موضع يجوز له أن ينظر اليه كالصدر والساق والذراع والرأس وتقليب شعره وان خاف الشهوة لان هذه المواضع ليست بعورة فيجوز مسه من غير شهوة كما يجوز النظر اليه اذا أمن الشهوة وان لم يأمن لا يجوز كالنظر الا اذا أراد الشراء فانه يباح له النظر والمس للضرورة وتحل الخلوة والمسافرة بها كافى ذوات المحارم وعند بعض مشايخنا ليس له أن يعانقها فى الاركاب والانزال لان معنى العورة وان عدم بالستر فمعنى الشهوة باق والاصح أنه لا بأس بذلك اذا أمن الشهوة على نفسه وعليها لان المولى قد يبعثها فى حاجة من بلد الى بلد ولا يجد محرما يخرج معها وهى تحتاج الى من يركبها وينزلها الا ترى أن أمة المرأة قد تكبس رجل زوجها وتغلبه ولم يمنع من ذلك أحد وأم الولد والمدبرة والمكاتبة كالامة لقيام الرق فيهن ووجود الحاجة والمستعاة كالمكاتبة عند أبى حنيفة لما عرف قال رحمه الله (ولا تعرض الامة اذا بلغت فى ازار واحد) والمراد الازار ما يستر ما بين السرة فى الركبة لان ظهرها وبطنها عورة فلا يجوز كشفهما والتى بلغت حد الشهوة فهى كالبالغة لا تعرض فى ازار واحد روى ذلك عن محمد رحمه الله لوجود الاشتهاء قال رحمه الله (والخصى والمجبوب والمخنث كالفحل) لقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم وهم ذكور مؤمنون فيدخلون تحت هذا الخطاب وغيره من النصوص العامة وقالت عائشة رضى الله عنها الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله وهذا لان الخصى ذكر يشتهى ويجامع وقيل هو أشد جماعا لان آلته لا تفتر فصار كالفحل وكذا المجبوب لانه يشتهى ويسحق ويزنى وحكمه كأحكام الرجال فى كل شئ وقطع تلك الآلة كقطع عضو آخر منه فلا يبيح شيأ كان حراما وان كان المجبوب قد جف منه فقد رخص له بعض أصحابنا رحمهم الله الاختلاط مع النساء لوقوع الأمن من الفتنة قال الله تعالى أو التابعين غير أولى الاربة من الرجال فقيل هو المجبوب الذى جف ماؤه والاصح أنه لا يحل له لعموم النصوص وكذا المخنث فى الردى من الافعال لا يحل له بالاتفاق لانه كغيره من الرجال بل هو من الفساق فيبعد عن النساء وان كان مخنثا تتكسر وتلين فى أعضائه ولسانه ولا يشتهى النساء فقد رخص له بعض مشايخنا فى الاختلاط بالنساء وهو أحد قولين وأما قوله تعالى أو التابعين غير أولى الاربة وقيل الابله الذى لا يدرى ما يعمل بالنساء وانما همه بطنه وهو شيخ كبير والاصح أن الآية من المتشابه وقوله تعالى يغضوا من أبصارهم محكم فلا خلف فيه ونقول كل من كان من الرجال لا يحل لهن أن يبدين زينتهن الباطنة بين يديه ولا يحل له أن ينظر اليها الا أن يكون صغيرا فحينئذ لا بأس بذلك لقوله تعالى أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء قال رحمه الله (وعبدها كالاجنبى) أى عبد المرأة كالاجنبى من الرجال حتى لا يجوز لها أن تبدى من زينتها الا ما يجوز أن تبديه للاجنبى ولا يحل له أن ينظر من سيدته الا ما يجوز أن ينظر اليه من الاجنبية وقال مالك والشافعى رحمهما الله نظره اليها كنظر الرجل الى محارمه لقوله تعالى أو ما ملكت أيمانهن ولا يجوز حمله على الاناث لانهن دخلن فى قوله تعالى أو نسائهن ولانه لا يشكل أن الامة لها أن تنظر من سيدتها الى ما تنظر اليه من الاجنبية ولو حمل عليها لا يفيد زيادة الجواز فى حقها وفى حق العبد يفيد فوجب حملها عليه ولان الجواز فى المحارم لحاجة الدخول من غير استئذان وحشمة وهذا المعنى متحقق منهما فوجب أن يكون هو كالمحرم لهذا فعا للحرج بل هو محرم ألا ترى أنه لا يجوز له أن يتزوجها ولان آلته فعل غير محرم ولا زوج والشهوة متحققة والحاجة قاصرة لانه يحل خارج البيت والمراد بالنص الاما عدون العبيد قال سعيد بن جبير وسعيد بن المسيب والحسن لا تغرنكم سورة النور فانها فى الاناث لا فى الذكور ولا نسلم أن الموضع لا يشكل بل هو مشكل لان المراد من قوله تعالى

(قوله فانه يباح له النظر والمس للضرورة) قال فى الاسلام فى شرح الجامع الصغير وذكر القدورى عن محمد أنه كره للشاب مس شئ من ذلك لان بالنظر كفاية ولو رأى وحنفية بذلك بأس للضرورة العلم بشرتها اه اتقانى (قوله فى المتن ولا تعرض الامة اذا بلغت فى ازار واحد) يعنى لا تعرض على البيع كذلك اه غاية

(قوله ولو كانت محرمته أمة مغيرة فكذلك الخ) قال الاتقاني فاما اذا كانت الامة مشتركة فلا اذن الى المولى في قول علمائنا جميعا بالاخلاق منهم في ظاهر الرواية كذا ذكر محمد في الجامع الصغير وفي كتاب الآثار عن أبي يوسف ومحمد أن الاذن في العزل لهما الا ان قضاء الشهوة حقها لاحق مولاها وجه الظاهر أن الواجب المولى لانه علق فكان الاذن في العزل اليه كالحرة اه وكتب مانصه ذكر في بعض المواضع أنه يعزل عن زوجته بغير اذنها خوفا من الولد السوء في هذا الزمان ذكره الولوالجي في آخر الكراهية اه (قوله فصل في الاستبراء وغيره) وهو طلب براءة الرحم عن الحمل وهو نوعان مستحب وهو أن المالك يستبرئها اذا أراد بيعها وواجب وهو على المشتري عند مالك يجب الاستبراء على البائع صيانة لملكه ان يجعل أنها علقت منه ولنا أنها ملك البائع وحقه قائم في الوطء فلا يزيل منه وما قاله من الصيانة يحصل باستبراء المشتري اه اتقاني (قوله أو طاس) موضع على ثلاث مراحل من مكة اه (قوله بستبرأن) بالنهي لا غير اه اتقاني (قوله ويجب على المشتري لا على البائع) وقال الخصاف والثوري والحسن البصري وابن سيرين يجب على البائع والمشتري لان الصيانة كما تجب على المشتري تجب على البائع وقال البتي يجب على البائع دون المشتري

أو نسائهن الحرائر ولم تدخل الاماء فيهن حكمهن كما بين حكم الحرائر لا الا نعرف الحكم الامن الشارع وهن لم يذكرن في هذا المعنى الا في هذه الآية فكانت بيانا لحكمهن وكذا لانسلم أنه محرم لها لان حرمة النكاح بينهما موقتة فصارت كالمزوجة بالغير أو أخت زوجته ولهذا لا يجوز لها أن تسافر معه ولو كان محرما لجاز قال رحمه الله (ويعزل عن أمته بلا اذنها وعن زوجته باذنها) لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن العزل عن الحرة الا باذنها وقال لمولى أمة اعزل عنها ان شئت ولان الحر تملها حق في الوطء حتى كان لها المطالبة به فقضاء الشهوة وتحصيل الولد ولهذا تختص بالحد والعدة ولاحق للامة في الوطء والعزل يخل بما ذكرناه وهو المقصود بالنكاح فملكها تنقيص حق الحرة بغير اذنها وينفرد به في حق الامة ولو كانت تحته أمة مغيرة فكذلك عندها حتى لا يكون له العزل الا باذنها لانه تكميل لحقها والوطء حق الزوجة ولهذا كان لها المطالبة به وعند أبي حنيفة رحمه الله الاذن الى مولاها وقد ذكرناه في النكاح والله أعلم

﴿ فصل في الاستبراء وغيره ﴾

قال رحمه الله (من ملك أمة حرم عليه وطؤها ولمسها والنظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها) لقوله عليه الصلاة والسلام في سبايا أوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحبالى حتى يستبرأن بحيضة وهذا يفيد وجوب الاستبراء بسبب استحداث الملك واليد له هو الموجود في هذه الصورة وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة لمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه والولد عن الهلاك وذلك عند تحقق الشغل أو توهمه بما محترم لانه عند الاشتباه لا بد الولد فيهلك معنى ان من لا نسب له هلك معنى أو لعدم من يربيه بنفقته ويجب على المشتري لا على البائع لان العلة في الحقيقة هو ارادة الوطء والمشتري هو الذي يريده دون البائع فيجب عليه ثم ان الارادة أمر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطء والتمكن انما يثبت بالملك واليد فنصب سببا وأدار الحكم عليه تيسيرا فكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد ونعني الحكم الى سائر أسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك حتى يجب على المشتري من مال المورث والمأذون والمكاتب لا يحل له وطؤها الاستبراء وكذا اذا كانت المشتراة بكرا ثم توطأ التحقق السبب وادارة الاحكام على الاسباب دون الحكمة لان الحكمة وهي فراغ

الاستبراء اذا اشترى الحر من العبد المأذون وعليه دين مستغرق استحسانا بيانه فيما قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي وان اشترى حارية من عبده المأذون فانه ينظر ان لم يكن على العبد دين أو عليه دين غير مستغرق فليس عليه أن يستبرئها لان ملك عبده له ولها أن يجتزئ بالحيضة التي حاضت عند العبد وان كان العبد عليه دين مستغرق وقيمته ومافي يده من الكسب فعليه أن يستبرئها في قول أبي حنيفة وفي قولهما لا يجب عليه الاستبراء لان من أصل أبي حنيفة أن العبد ان كان عليه دين مستغرق فللمولى أن يملك أكسابه وعنده ما يملك ولو اشترى من مكاتبه فعليه الاستبراء لانه لا يملك مكاتبه ولو اشترى من ابنه الصغير وجب عليه الاستبراء كذا في شرح الطحاوي اه اتقاني (قوله وعن لا يحل له وطؤها) أي كأخت البائع من الرضاع أو جارية ورثها من أبيه وأوصاه بتزويجها اه (قوله لم يوطأ لتحقق السبب) أي وهو استحداث ملك اليمين وهذا ظاهر الرواية قال في شرح الطحاوي وروي عن أبي يوسف أنه قال لا استبراء في البكر اه اتقاني (قوله وادارة الاحكام على الاسباب دون الحكم) هي بكسر الحاء جمع حكمة يعني أن العلة في وجوب

الاستبراء استحداث ملك اليمين والشراء فكيف تعرف براءة الرحم وقد وجدت ثلاثة أقوال حكى الخوارزمي في المشترة من مال الصبي ومن المرأة وفي المشتراة البكر فيثبت الحكم معها أيضا وهو وجوب الاستبراء وان لم توجد الحكمة كالثلاث التي لا ماء للمرأة إلا فيها والبكر ليست بموطوءة لان الحكم يدور مع العلة ولا يدور مع الحكمة فاعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل وان لم توجد حقيقة الشغل فان قلت كيف يتصور توهم الشغل في الصور الثلاث قلت يحتمل أن تكون جارية الصبي أو المرأة موطوءة بشبهة فيثبت النسب من الواطئ فيثبت توهم الشغل وأما البكر فان الرجل قد يجامعها فيسبق الماء فتحبل مع بقاء البكارة فيثبت توهم الشغل أيضا بهذا الطريق ولو اشتراها من امرأة أو صبي يجب الاستبراء إلا في رواية عن أبي يوسف ذكر الولوالجي في فتاواه اه اتقاني (قوله ولا بالولادة) حملت بعد الاسباب الخ) قال وأما ضيفان وان كانت حاملا لا يطؤها حتى تضع حملها بعد القبض فان وضعت حملها قبل القبض ثم قبضته هكذا كان عليه أن يستبرئها اذا خرجت من نفاسها اه (قوله خلافا لابي يوسف) قال الاتقاني وروى عن أبي يوسف أنه قال يجتزئ بتلك الحيضة كذا في شرح الطحاوي اه ﴿ فرع ﴾ قال في الخلاصة وفي الاصل على نفي وجوب

الرحم لا يمكن الاطلاع عليها فجعلنا خلافه الشغل فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل ولا يعتد بالحيضة التي اشتراها قبل أن تشاهد ولا بالحيضة التي حاضتها بعد الشراء أو غيره من أسباب الملك قبل القبض ولا بالولادة التي حصلت بعد الاسباب قبل القبض خلافا لابي يوسف رحمه الله لان السبب استحداث الملك باليد وقبل وجود الاثنين لا يعتد به اذ الحكم لا يسبق سببه وكذا لا يعتد بالحاصل قبل الاجازة في بيع الفضولي وان كانت في يد المشتري ولا بالحاصل بعد القبض في الشراء الفاسد قبل أن يشتريها صحيحا ما بينا ويجب اذا اشترى نصيب شريكه من جارية مشتركة بينهما الان السبب قد تم في ذلك الوقت واحكم يضاف الى تمام العلة وهو آخر الاوصاف ويجتزأ بالحيضة التي حاضتها وهي مجوسية أو مكاتبة بأن كاتبها بعد الشراء ثم أسلمت المجوسية أو عجزت المكاتبة لوجود ها بعد السبب وهو استحداث الملك واليد وهو مقتض للحل والحرمة لمانع ولا يجب الاستبراء اذا رجعت الآبقة وزوجت المغصوبة والمستأجرة وفكت المرهونة لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد وهو سبب متعين فاذا رجع الحكم عليه وجودا وعدما ولو أقال البائع البيع قبل القبض لا يجب على البائع الاستبراء وكان أبو حنيفة رحمه الله أولا يقول على البائع الاستبراء لانها زالت عن ملكه والآن ملكها ثم رجع وقال لا يجب وهو قولهما لان الاقالة فسخ من الاصل فصار كان لم يكن ولو اشترى من عبده المأذون له بعد ما خاضت عند العبد فان لم يكن على العبد دين يجتزئ بتلك الحيضة لانها دخلت في ملك المولى من وقت الشراء وان كان عليه دين مستغرق فكذلك عندهما وعند أبي حنيفة لا يعتد بتلك الحيضة وهذا بناء على وجود ملك المولى وعدمه وقد عرف في موضعه ولو باع جارية على أنه بالخيار ولم يقبضها ثم أبطل البيع في مدة الخيار لا يلزمه الاستبراء لعدم خروجها عن ملكه ولو باع أم ولده أو مدبرته وقبضها المشتري ثم استردها لا يجب عليه الاستبراء ان كان المشتري لم يطأها وان كان وطئها فعليه الاستبراء ولو زوجها بعد الاستبراء فطلقها الزوج قبل الدخول لا يلزمه الاستبراء في ظاهر الرواية ولو زوجها قبل الاستبراء بعد القبض والمسألة بحالها فالمختار أنه يجب واذا حرم الوطء قبل الاستبراء حرم الدواعي أيضا لانه يفضي الى الوطء أو يحتمل وقوعه

الوطء ملك اليمين في فرج فارغ من جهة الغير وشرطه توهم شغل الرحم والحكمة صيانة الولد ورجل اذا اشترى جارية من امرأة أو صبي أو اشترى جارية هي بكر أو سرام على البائع بوضاع أو مصاهرة أو اشترى بيرأس مائة تجزئ من الجارية أو ملك الجارية بالارث أو انقطع أو انصلح عن دم العهد يجب الاستبراء اه فقوله أو اشترى جزأ من مائة تجزئ أي بأن كان ذلك الجزء ملكا لذلك في جميع الامة أما لو ملك ابتداء جزأ من أمة لا يجب الاستبراء قليلا كان ذلك أو كثيرا لان السبب لم يتم حتى لو ملك الموفق اه (قوله لا يعتد بالحاصل) أي بالاستبراء الحاصل اه (قوله وان كانت في يد المشتري) أي لعدم الملك اه (قوله أسلمت في المجوسية) أي بعد ما استبرأها وخاضت في حال مجوسيتها اه (قوله ولا يجب الاستبراء اذا رجعت الآبقة) قال الاتقاني وفي الآبق تفصيل لا بد منه قال في شرح الطحاوي ولو أبق المولى الى دار الحرب ثم عادت الى صاحبها بوجه من الوجوه فلا استبراء عليها في قول أبي حنيفة لانهم لم يملكوها وعند هما عليها الاستبراء لانهم ملكوها ولو أخذوها في دار الاسلام وهي آبقة وأحرزوها في دارهم ملكوها في قولهم جميعا فاذا عادت الى مولاها فعليه الاستبراء في قولهم جميعا كذا في شرح الطحاوي فعلى هذا يكون المراد من الآبقة في المتن هي التي أبقت في دار الحرب ولم يحرزها لعدو ثم رجعت الى مولاها اه اتقاني (قوله واذا حرم الوطء قبل الاستبراء حرم الدواعي أيضا) قال الاتقاني واذا ثبت وجوب الاستبراء وحرم الوطء حرم دواعي الوطء أي مقدماته كالمس والقبلة والنظر الى الفرج بشهوة قال الفقيه أبو الليث روى عن أبي مطيع البلخي أنه كان لا يرى بالقبلة والملامسة بأسا وذلك لان القرابة انما لا يجوز لانه يؤدي الى اختلاط الانساب وليس في القبلة والملامسة هذا المعنى اه اتقاني (قوله لانه) أي اه

(قوله على اعتبار الحبل ودعوة البائع) أى لولاه المؤتى خلافا لما فى بطلان البيع اه (قوله بخلاف الحائض حيث لا تحرم الدواعى فيها) أى لان الوطء انما حرم فى الحيض لمعنى الاذى وذلك لا يوجد فى الدواعى اه وكتب ما نصه قال الولوالجى رجعه الله ولو باع من رجل جارية فحاضت عند المشترى حيضة ثم وجد بها عيبا فردها ثم يقربها البائع حتى تحيض عنده حيضة وكذا الافاقة اه قال فى الخانية رجل باع جارية وسلمها الى المشترى ثم ردت عليه بعيب بقضاء أو بغير قضاء أو بخيار رؤية أو شرط أو افاقة كان على البائع أن يستبرئها بحيضة ولو انفسخ البيع بينهما قبل القبض لهذه الاسباب لا يجب الاستبراء ولو باع جارية وسلمها الى المشترى ثم تقايلا فى المجلس كان عليه أن يستبرئها وعن أبى يوسف رحمه الله اذا تقايلا قبل الافتراق لا يجب اه ﴿فرع﴾ واذا نزت أمة فليس عليه أن يستبرئها لانه انما وجب صيانة الماء عن الخلط اذا كان محترما ولا حرمة لما فى الزانى فان جلت من الزنا لم يقربها حتى تضع حملها لانه لو قربها صار ساقيا ماءه زرع غيره وقد قال عليه الصلاة والسلام من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره لكن قيل ظهور الحبل هذا لان الزرع عبارة عن الحب النابت ولا نبات قبل الحبل اه (قوله وان ارتفع حيضها) أى بايأس اه قال فى الخانية وان كانت شابة وقد انقطع حيضها لمرض أو غيره اختلفت الروايات فيه ذكر فى الاصل عن أبى حنيفة وأبى يوسف أنه لا يقربها حتى يستبين أنها غير حامل ولم يؤقت لذلك وفى رواية لا يقربها سنتين وفى رواية ثلاثة أشهر أو أربعة أشهر وعن محمد فيه روايتان فى رواية لا يقربها أربعة أشهر وعشرة أيام وفى رواية شهرين وتسعة أيام قال شمس الائمة السرخسى كان محمد يقول أولا لا يقربها أربعة أشهر وعشرة أيام ثم رجع وقال شهرين وتسعة أيام والمشايخ أخذوا بهذه الرواية اه (قوله والمأخوذ به الخ) قال الولوالجى رجعه الله من رجل اشترى (٢٣) جارية واحتال فى اسقاط الاستبراء فهذا

فى غير الملك على اعتبار الحبل ودعوة البائع بخلاف الحائض حيث لا تحرم الدواعى فيها لان رمى الحيض زمن نفرة فلا يكون داعيا الى الوطء وكذا لا يحتمل وقوعه فى غير الملك وفى المشتراة يحتمل ذلك وينضم الى الوطء لان رغبته فيها قبل الدخول بها يكون أصدق وروى عن محمد لا تحرم الدواعى فى المسبية لانه لا يحتمل وقوعه فى غير الملك والاستبراء فى الحامل بوضع الحمل لما روينا وفى ذوات الاشهر بالشهر لانه أقيم فى حقهن مقام الحيض كما فى المعتدة واذا حاضت فى أثناء الشهر بطل الاستبراء بالشهر بالقدرة على الاصل دون حصول المقصود بالبدل وان ارتفع حيضها تركها حتى اذا تبين أنها ليست بحامل وافقها وليس فيها تقدير فى ظاهر الرواية وقيل يتبين بشهرين أو ثلاثة وعن محمد أربعة أشهر وعشر وعنه شهران وتسعة أيام اعتبارا بعدة الحرة أو الامة فى الوفاة وعن زفر سنتان وهو رواية عن أبى حنيفة رحمه الله وقال بأس بالاحتيال فى اسقاط الاستبراء عند أبى يوسف رحمه الله فيما اذا علم أن البائع لم يقربها فى الطهر الذى وقع فيه الشفعة من الجانبين والمأخوذ به قول أبى يوسف رحمه الله فيما اذا علم أن البائع لم يقربها فى الطهر الذى وقع فيه الشفعة من محمد رحمه الله اذا قربها والحيلة اذا لم يكن تحت المشترى حرة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها ويطأ بعضها كذا ذكره صاحب الهداية وهذا لا يفيد اذا كان القبض بعد الشراء لانه بالشراء ينفسخ النكاح فيجب

الخ) ومن أراد أن يشترى جارية ولا يلزمه الاستبراء فالحيلة ماذكر فى الكتاب يزوجها البائع من رجل يثق به ثم يبيعها من المشترى فيقبضها المشترى ثم يطلقها الزوج ويستحب البائع أن يستبرئها قبل أن يزوجها ويشترط أن يكون طلاق الزوج بعد قبض المشترى فان طلقها قبل القبض كان على المشترى أن يستبرئها اذا قبضها فى أصح الروايتين عن محمد لانه اذا طلقها قبل القبض كان على المشترى أن يستبرئها فاذا قبضها والقبض بحكم العقد بمنزلة العقد فيصير كأنه اشتراها فى هذه الحالة وهى ليست فى نكاح ولا عدة فيلزمه الاستبراء وحيلة أخرى أن يبيعها قبل التزويج ويأخذ الثمن ولا يسلم الجارية الى المشترى ثم يزوجها المشترى من عبده أو أجنبى ثم يقبضها ثم يطلقها بعد ذلك الآن فى هذا نوع شبهة فانه عند أبى يوسف واحدى الروايتين عن محمد كما اشتراها يجب الاستبراء الآن الوجوب بناء كد عند القبض فالتزويج عند الشراء لا يسقط لان الاستبراء وجب بنفس العقد الآن تخص عند المشترى حيضة قبل الطلاق فحينئذ لا يجب الاستبراء فى قولهم وحيلة أخرى انه اذا أراد أن يشترى الجارية يتزوجها المشترى قبل الشراء اذا لم يكن فى نكاحه حرة ثم يسلمها اليه المولى ثم يشترى فلا يجب عليه الاستبراء وانما يشترط تسليم الجارية اليه قبل الشراء كيلا يوجد القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح قال الشيخ الامام الاجل ظهير الدين عندى يشترط أن يدخل الزوج بها حكم النكاح قبل الشراء لان ذلك النكاح يفسد عند الشراء بما يقابل الشراء ضرورة أن ملك النكاح لا يجامع ملك اليمين فاذا كان فساد النكاح بما يقابل الشراء لم تكن عند الشراء مستحقة ولا معتدة أما اذا دخل بها قبل الشراء فاذا فسد النكاح تصير معتدة قبل الشراء فلا يلزم الاستبراء اه قاضيخان (قوله كذا ذكره صاحب الهداية) ليس فى الهداية ويقبضها بل قال يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها اه من خط قارئ الهداية رجعه الله

(قوله ولو كانت تحته سرا) قال الولوالجي وان كان عند امرأة سر زوجها البائع غيره ثم يشتريها هو ويقبضها ثم يطلقها الزوج ويشتريها أولا ثم يزوجها من رجل قبل أن يقبضها ثم يطلقها الزوج وان خاف البائع أن يتزوجها المشتري ولا يشتريها ولا يطلقها فالحيلة أن يقول البائع لزوجته امنك على أن أمرها بيدي في التطليقتين أطلقها متى شئت أو يقول لزوجته امنك على انك ان لم تشتريها مني اليوم بكذا فانهي طالق اثنتين فقبل المشتري النكاح وكذا الحيلة اذا خاف على المحلل أن لا يطلق اه (قوله والمشتري قبل القبض) تقدم في الصفحة السابقة أنه لو زوجها المشتري قبل الاستبراء بعد القبض وطلقها الزوج قبل الدخول فالمختار أنه يجب اه (قوله كما اذا كانت معتدة الغير) قال الاتقاني اشترى جارية وهي في عدتمن زوج عدّة وفاة أو طلاق وقد بقي من عدتها يوم أو بعض يوم وانقضت عدتها بعد قبض المشتري فلا استبراء عليه فان انقضت عدتها قبل القبض فلا فصل له الا بالاستبراء كذا في شرح الطحاوي اه (قوله في تلك الحالة) يعني اذا اشترى أمة معتدة وانقضت عدتها بعد القبض لا يجب الاستبراء اه (قوله بخلاف حالة الحيض) تقدم في آخر الصفحة السابقة اه (قوله لانهما عيتدان) قال الاتقاني والصوم قد عتد في الفرض الى شهر فلو صوم الدواعي لأدّى الى الخروج والخروج مدفوع شرعا والنفل تابع للفرض فأعطي حكمه اه

(فرع) قال الولوالجي ولا ينبغي أن يعزل عن فراشها فان ذلك يشبه فعل اليهود وقد نهينا عن التشبه اه ذكر في الكراهية (قوله وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي) قال الاتقاني وقوله هما جميعا يشمل ما اذا كانتا حرتين أو أمتين أو احداهما حرة والأخرى أمة ثم قال الاتقاني والجمع بين الاختين نكاحا لا يجوز بالاجماع أما الجمع بين الاختين وطئا بملك اليمين فلا يجوز عند علي ما علمته عامة الصحابة وهو المروي عن علي رضي الله عنه وعند عثمان بن عفان رضي الله عنه يجوز لانهما أحلتهما آية واحدة وهي قوله تعالى والاصل في الابضاع الحل بعد وجود سبب الحل وقد وجد وهو ملك اليمين وأما آية الاحلال فقوله تعالى الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم وأراد بآية التحريم قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين والصحيح قول العامة لان المحرم اذا اجتمعا فالمحرم أولى لان الحرام يحصر تركه والمسامح لا يحصر فعله اه اتقاني

الاستبراء بالقبض بحكم الشراء وانما يفيد أنه لو كان القبض قبل الشراء كما لو وجد القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح وقال ظهير الدين عندي يشترط أن يدخل قبل الشراء لان ملك النكاح بفساد عند الشراء سابقا على الشراء ضرورة أن ملك النكاح لا يجامع ملك اليمين فلم تكن عند الشراء منكوحة ولا معتدة بخلاف ما اذا دخل بها قبل الشراء لانها تبقى معتدة منه بعد فساد النكاح بفلا يلزمه الاستبراء بهذكره قاضيخان في فتاواه ولو كانت تحته سرا فالحيلة فيه أن يزوجها البائع قبل الشراء والمشتري قبل القبض ممن يثق به أو يزوجها بشرط أن يكون أمرها بيده ثم يشتريها ويقبضها ثم يطلقها الزوج لانه عند وجود السبب وهو اسقاط الملك المؤكد بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالا له لا يجب عليه الاستبراء وان حل بعد ذلك لان المعتبر أوان وجود السبب كما اذا كانت معتدة الغير في تلك الحالة والمظاهر تحرم عليه الدواعي كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة وكالحرم والمعتكف بخلاف حالة الحيض والصوم والاصل فيه أن سبب الحرام حرام الا أن النص ورد في حالة الصوم والحيض وفيه بعض الحرج لانهما عيتدان وقد صح أنه عليه الصلاة والسلام كان يقبل وهو صائم ويضاجع نساءه وهن حيض قال رحمه الله (له أمتان أختان قبلهما بشهوة حرم وطء واحدة منهما ودواعيه حتى يحرم فرج الأخرى بملك أو نكاح أو عتق) ولو قال حرمتا حتى يحرم فرج احداهما كان الاحسن لانهما يحرمان عليه لا احداهما فحسب وانما حرمتا لان الجمع بينهما نكاحا أو وطأ لا يجوز لاطلاق قوله تعالى وأن تجمعوا بين الأختين والمراد الجمع بينهما وطأ وعقدا لانه معطوف على المحرمات وطأ وعقدا والا يعارض بقوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم لان الترجيح للحرم روى ذلك عن علي رضي الله عنه حين سئل عنهما فقال حرمتهما آية وأحلتهما آية فتلا الآيتين ثم قال الحكم للحرم وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي لان الدواعي الى الوطء بمنزلة الوطء أو لان النص مطلق فيتناول الوطء فصار كله وطأ ما فعند ذلك تحرمان فكذا هذا وهما بمنزلة الوطء أو النظر الى فرجهما كتقبيلها حتى يحرم ما عليه الا احداهما فرج احداهما بما ذكرنا زوال الجمع بتحريم فرج احداهما عليه وغلبة البعض كجملة الكل وكذا اعتاق البعض كاعتاق الكل أما عند هما فظاهر لانه لا ينجز أعتاق هما وكذا عند أبي حنيفة رحمه الله لانه وان كان يتجزأ لكنه يحرم به الفرج لان معتق البعض كالمكاتب عنده وكل واحدة احداهما كاعتاقها لان فرجها يحرم بالكتابة فحصل المقصود وبرهن احداهما وأجارتها وتدبيرها كالفعل الأخرى لان فرجها لا يحرم بهذه الاسباب (قوله حتى يحرم فرج الأخرى بملك أو اردبه التمليك بأن ملك رقيقا من انسان بأي سبب كان من أسباب الملك كالبيع والهبة والصدقة وكالصلح والخلع والمهر وأراد بقوله أو نكاح النكاح الصحيح أما اذا زوج احداهما كما فاسدا كالاخرى لان فرجها لا يصير حراما عليه بهذا العقد المجرد الا اذا دخل بها الزوج فحينئذ تنفصل له الأخرى لان العدّة تجب عليها بالدخول فيحرم على المولى فرجها فلم يصر جامعا ولو وطئ احداهما ودون الأخرى حل له وطء الموطوءة دون الأخرى لانه يصير جامعا بوطء الاخرى لا بوطء الموطوءة وكل امرأتين لا يجوز

(قوله وذكر الطحاوي) أي في شرح الآثار اه (قوله وروى الطحاوي أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن المكامعة) فيه أنه نهى عن المكامعة هو أن يضاجع الرجل صاحبه في ثوب واحد لا حاجز بينهما والكبيح الضبيح وزوج المرأة كبيحها قاله ابن الأثير اه قال الاتقاني وتفسير المكامعة بالمعانقة فيه نظر لانه قال في ديوان الأدب وغيره يكامع امرأته مضاجعها وكامع المرأة قبلها وقال في الفائق نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المكاعمة والمكامعة أي عن ملاثمة الرجل الرجل ومضاجعته اياه لاستريبهما اه (قوله ويد السلطان العادل سنة) لعل كذلك يجوز تقبيل يد الوالدين والشيخ الذي يأخذ منه عيني وكتب ما نصه كذا في شرح الطحاوي اه (قوله ودكر أبو المليح) أي في شرح الجامع الصغير اه اتقاني (قوله وقبلة الشفقة كقبلة الولد والديه) أي على الرأس اه (قوله وقبلة المودة كقبلة الرحل أخاه) أي أو أخته اه اتقاني (قوله على الجبهة) على الخد اه اتقاني (قوله وقبلة الشهوة كقبلة الرجل امرأته) أي على الفم اه اتقاني (قوله وأما القيام للمعلم فحسن) وفي فتاوى قاضيخان قوم يقرؤن القرآن أو واحد قد دخل عليه واحد من الأشراف فقاموا لأن دخل عليه عالم أو أبوه أو أستاذه جاز أن يقوم لأجله وفي سوى ذلك لا يجوز اه كاكي (قوله وعن الشيخ أبي القاسم) أي الحكيم السمرقندي اه غاية (قوله وحرك يده في يده تناثرت ذنوبه) الذي وقفت عليه في غالب نسخ هذا الشرح وحرك في يديه تناثرت الجزء وقفت على نسخة كما أسلفت هناك فراجعه لفظ الحديث اه والذي وقفت عليه في نسخة الشارح بخطه وحرك في يده تناثرت اه قوله في غالب نسخ هذا الشرح أي وفي الكافي في النسخ وحرك يده تناثرت اه

الجمع بينهما نكاحا فهما بمنزلة الأختين فيما ذكرنا قال رحمه الله (وكره تقبيل الرجل ومعانقته في ازار واحد ولو كان عليه قميص واحد جاز كالملاصقة) وفي الجامع الصغير ويكره أن يقبل الرجل فم الرجل أو يده أو شيأ منه أو يعانقه وذكر الطحاوي أن هذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا بأس بالتقبيل والمعانقة لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم عانق جعفرا حين قدم من الحبشة وقبل ما بين عينيه وذلك عند فتح خيبر وقال لا أدري بما أسر بفتح خيبر أم بقدوم جعفر وعانق زيد بن حارثة وكان أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم يفعلون ذلك وفي الكافي كان الاعراب يقبلون أطراف النبي صلى الله عليه وسلم وعن عطاء رحمه الله سئل ابن عباس رضي الله عنهما عن المعانقة فقال أول من عانق ابراهيم خليل الرحمن عليه السلام كان بمكة فأقبل اليهاذو القرنين فلما كان بالابطح قبل له في هذه البلدة ابراهيم خليل الرحمن فقال ذو القرنين ما ينبغي لي أن أركب ببلدة فيها ابراهيم خليل الرحمن فنزل ذو القرنين ومشى الى ابراهيم عليه السلام فسلم عليه ابراهيم واعتنقه فكان هو أول من عانق ولهما ما روى أنس رضي الله عنه أنه قال قلنا لرسول الله صلى الله عليه وسلم أينحني بعضنا لبعض قال لا قلنا أيعانق بعضنا بعضا قال لا قلنا أيصافح بعضنا بعضا قال نعم وروى الطحاوي أنه عليه السلام نهى عن المكامعة وهي المعانقة وروى أنه عليه السلام نهى عن المكاعمة وهي التقبيل ومارواه منسوخ به وقالوا الخلاف فيما اذا لم يكن عليهما غير الازار واذا كان عليهما قميص أو جبة فلا بأس به بالاجماع وهو الذي اختاره الشيخ في المختصر والشيخ الامام أبو منصور الماتريدي رحمه الله وفق بين الاحاديث فقال المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة وأما على وجه البر والكرامة فلا وبه أخذ الفقيه أبو الليث ورخص الشيخ الامام شمس الائمة السرخسي وبعض المتأخرين تقبيل يد العالم أو المتورع على سبيل التبرك وقبل أبو بكر بن عيسى النبي صلى الله عليه وسلم بعد ما قبض وقال سفيان الثوري تقبيل يد العالم أو يد السلطان العادل سنة فقام عبد الله بن المبارك فقبل رأسه وما يفعله الجهال من تقبيل يد نفسه اذا تلقى الغمر وهو مكروه فلا رخصة فيه وما يفعلون من تقبيل الارض بين يدي العلماء فحرام والفاعل والراضي به آثمان لانه يشبه عبادة الوثن وذكر الصدر الشهيد أنه لا يكفر بهذا السجود لانه يريد به التحية وقال شمس الائمة السرخسي رحمه الله السجود لغير الله تعالى على وجه التعظيم كفر وذكر الوبلي أن التقبيل على خمسة أوجه قبلة الرحمة كقبلة الوالد لولده وقبل النبي صلى الله عليه وسلم الحسن بن علي رضي الله عنهما وقبلة التحية كقبلة المؤمنين بعضهم بعضا وقبلة الشفقة كقبلة الولد لوالديه وقبلة المودة كقبلة الرجل أخاه على الجبهة وقبلة الشهوة كقبلة الرجل امرأته وأمته وزاد بعضهم قبلة الخيانة وهي قبلة الفم الاسود وأما القيام للمعلم فقد جاء في الحديث أنه عليه الصلاة والسلام خرج متوكئا على عصا فقام له فقال عليه الصلاة والسلام لا تقوموا كما تقوم الاعاجم بعظم بعضهم بعضا وعن أنس أنه عليه الصلاة والسلام كان يكره القيام وعن الشيخ أبي القاسم كان اذا دخل عليه أحد من أبنائه يقوم له ولا يقوم للغفراء وطلبة العلم ففيه له في ذلك فقال ان الابناء يتوقعون مني التعظيم فلو تركت تعظيمهم تصوروا الفقراء وطلبة العلم لا يطمعون مني في ذلك وانما يطمعون في جواب السلام والتكلم معهم في العلم ونحوه فلا يتضررون بترك القيام لهم ولا بأس بالمصافحة لما روينا ولانها سنة قديمة متوارثة في البقعة وغير ذلك وقال عليه الصلاة والسلام من صافح أخاه المسلم وحرك يده في يده تناثرت ذنوبه وقال عليه الصلاة والسلام ما من مسلمين يلتقيان فيتصافحان الا غفر لهما قبل أن يفترقا والله أعلم

﴿فصل في البيع﴾ (قوله ولنا ان المسلمين تعاملوا السرقين الخ) قال الاتقاني ولنا ان السرقين مال فيجاز بيعه كسائر الاموال واعلم انا انما قلنا ان المال ما يتمكن من حيازته وتنقل وقد تقل الحاجة وقد تكون المسلمون السرقين وانتفعوا به من غير نكير من أحد من السلف وما كان متنفعا به كان مالا فجاز بيعه اه (قوله برماد وتراب) الواو بمعنى أو اه (قوله فحينئذ يجوز بيعها) وبجلسانة العين تمنع الاكل ولا تمنع الانتفاع فيجاز بيع ذلك لوجود الانتفاع اه غاية وكتب مانصه قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير روى عن أبي حنيفة في الانتفاع بالعذرة روايتان في احدى الروايتين يكره وفي الثانية لا يكره فعلى قياس الرواية التي لا يكره ينبغي أن يجوز بيعه اه اتقاني (قوله والصحيح عن أبي حنيفة الخ) في الهداية وكذا يجوز الانتفاع بالخلوط لا بغير الخلوط في الصحيح اه قال الاتقاني

﴿فصل في البيع﴾ قال رحمه الله (كره بيع العذرة لا السرقين) وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع السرقين أيضا لانه نجس العين فلا يكون مالا فلا يجوز بيعه كالعذرة وجلد الميتة قبل الدبغ ولنا ان المسلمين تعاملوا السرقين وانتفعوا به في سائر البلدان والاعصار من غير نكير فانهم يلقونه في الاراضي لاستكثار الريع بخلاف العذرة لان العادة لم تجر بالانتفاع بها وانما ينتفع بها مخلوطة برماد وتراب غالب عليها الالقاء في الارض فحينئذ يجوز بيعها والصحيح عن أبي حنيفة أن الانتفاع بالعذرة الخالصة جائز قال رحمه الله (شراء أمة قال بكر وكالتي زيد ببيعها) معناه أن جارية لانسان قرأ في آخر بيعها فقال البائع وكاني مولاها حملته أن يشتريها وبعتها لانه أخبر بخير صحيح لا منازع له فيه وقول الواحد في المعاملات مقبول بشرط أن يكون متميزا على ما يناسب قبل وكذا اذا قال اشتريتها منه أو وهبني اياها أو تصدق بها علي لما ذكرنا ولا فرق بين ما اذا كان بعلم أنها له أو لم يعلم لان خبره هو المعتمد عليه لان الخبر دليل شرعي لا انزي أنه يقبل فيما هو أعظم منه وهو الفروج بان زفت اليه امرأة وقال الناس هي امرأة فلان حل له وطؤها ولو كان المخبر عن ثقة فيما اذا ادعى الملك أو غيره فان كان أكبر رأيه انه صادق وسعه لان عدالة المخبر في المعاملات لا تشترط للحاجة على ما مر من قبل وان كان أكبر رأيه انه كاذب لا يتعرض لشيء من ذلك لان أكبر الرأي يقوم مقام اليقين وان لم يخبره صاحب اليد شيء من الوكالة أو انتقال الملك اليه فان كان عرفها أنها للغير لا يشتريها حتى يعلم أن الملك انتقل اليه أو وكله لان يده الاول دليل الملك وان كان لا يعرف انها للاول وسعه أن يشتريها وان كان ذو اليد فاسقا لان اليد دليل الملك ولا معتبر بأكبر الرأي عند وجود دليل ظاهر الا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك فحينئذ يتحب له أن يتثبت ولو اشترى هم ذلك صح لا عتماده الدليل الشرعي وان كان الذي أتاه بها عبدا أو أمة لم يقبلها ولم يشترها حتى يسأل لان المملوك لا يملك فيعلم أن الملك لغيره وان أخبره أن مولاها أذن له وهو ثقة قبل قوله وان لم يكن ثقة يعتبر فيه أكبر الرأي وان لم يكن له رأي لم يشترها لقيام المانع فلا بد من دليل ولو أن امرأة أخبر هارجل أن زوجها الغائب مات عنها أو طلقها ثلاثا وكان غير ثقة أو أتاها بكتاب من عند زوجها بطلاق ولا تدري انه كتابه أم لا الا أنه في أكبر رأيها انه حق بعد ما تحرت فلا بأس بأن تعتد ثم تتزوج لان القاطع طار فلا منازع لان صحة النكاح لا تمنع ما بطرا وكذا لو قال لرجل طلقني زوجي وانقضت عدتي فلا بأس بأن يتزوجها وكذلك المطلقة الثلاث اذا قالت انقضت عدتي وتزوجت بزوج آخر ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدتي فلا بأس بأن يتزوجها لزوج الاول وكذا لو قالت الجارية كنت أمة لفلان فأعتقني حل له أن يتزوجها لان القاطع طار عن ما مينا ولو أخبرها مخبر أن أصل السكاح كان فاسدا أو كان الزوج حين تزوجها مر تدا أو أحاط من الرضاع لم يقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان أو رجل وامرأتان وكذا اذا أخبره مخبر أن ملك

دليلا للملك لان الرق منافي للملك واذا أخبر أن مولاه قد أذن فلا بأس بشرائه لان خبر الواحد مقبول في المعاملات وهو اخبار في غير موضع المنازعة فيقبل اه غاية (قوله لقيام المانع) أي وهو الرق اه وكتب مانصه عن التصرف اه (قوله ولو أن امرأة أخبرها رجل ثقة أن زوجها الخ) في الهداية ولو أن امرأة أخبرها ثقة أن زوجها الخ اه (قوله فلا بأس بان تعتد ثم تتزوج) وهذا في الاخبار وأما في الشهادة فلا يسعه ولو كان الشاهدان لا قضاء على الغائب لا ترى الى ما مر لا استوفى في الفصل الرابع من فصوله اذا شهد اثنان على الطلاق والزوج غائب لا يقبل لعدم الشهادة على الخصم ولو كان الزوج حاضرا يقبل وان لم توجد دعوى المرأة بطريق الحسبة وهذا في الشهادة عند القاضي أما اذا قالوا لامرأة الغائب ان زوجك طلقك أو أخبرها بذلك واحد عدل فاذا انقضت عدتها حل لها أن تتزوج آخر كذا في الفصول اه اتقاني

تزوجها

(قوله حيث يقبل خبر الواحد فقبله) أى لان هذا من باب الصناعة فيقبل فيه خبر الواحد اه اتقانى (قوله وعلى هذا الاصل يدور الفرق) أى بين قبول قول الواحد وعدم قبوله يعنى اذا كان الاخبار فى غير موضع المنازعة يقبل قول الواحد واذا كان فى موضع المنازعة لا يقبل اه غاية (قوله فقالت) ولو قالت ان سيدى قد أعتقنى على أن يتزوجها اه غاية (قوله لتعتق المتاجر) أى وهو ولاء الولد اه (قوله اذا كان بضر بأهل البلد) قال الكرخى فى مختصره قال ابن سماعة عن أبى يوسف الاحتكار فى كل ما يضر بالعامة احتكاره وقال الاحتكار أن يحبسه عنده أكثر السنة فان حبسه عنده شهرا أو نحو ذلك فاتيه على قدر ما يحبسه وقال هشام عن محمد الحنطة والشعير والتمر الذى هو قوت الناس والقت الذى هو قوت البهائم (٢٧) وليس فى الثياب حكرة ولا فى الارز ولا فى العسل ولا فى السمن ولا فى الزيت حكرة وقال أبو يوسف فى الزيت حكرة انتهى هذا لفظ الكرخى ووجه قول أبى يوسف عموم النهى عن المحتكر ولا فصل لان الضرر يلحق بحكر هذه الاشياء كالحنطة ونحو ذلك والادهان واللحم ليس بها قوام الابدان فلا يضر عدمها كالفى سواها وهذا لان الحاجة اللازمة الدائمة فى الاقوات دون غيرها فلذا يكره حبس غير الاقوات قال القدورى فى شرح مختصر الكرخى وأما قول محمد ان حبس الارز ليس باحتكار فهو محمول على البلدانى لا يقوتون به وأما فى الموضع الذى هو قوتهم مثل طبرستان فهو احتكار وأما الثياب فلان قوام الابدان وبقاء الحياة لا يتوقف عليها قاله الاتقانى (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم الجالب مرزوق والمحتكر ملعون) قال الاتقانى قال الفقيه أبو الليث فى كتاب تنبيه الغافلين

تزوجتها وهى مرتدة أو أختك من الرضاع لم يتزوج باختها ولا بأربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لانه أخبر بفساد متعارن والاقدام على العقد يدل على صحته وانكار فساده فثبتت المنازعة بالظاهر بخلاف ما اذا كانت المنكوحة صغيرة فأخبر الزوج أنها ارتضعت من أمه أو أخته بعد النكاح حيث يقبل خبر الواحد فيه لان القاطع طارئ والاقدام الاول لا يدل على انعدامه فلم تثبت المنازعة فافترقا وعلى هذا الاصل يدور الفرق ولو كانت جارية صغيرة لانه يعرض نفسها فى بيت دجل يدعى أنها له فلما كبرت لغيرها رجل فى بلد آخر فقالت أنا حرة الاصل لا يسعه أن يتزوجها لتحقق المنازع بخلاف ما تقدم وهو ما اذا كان المنافى طارئا قال رحمه الله (وكره لرب الدين أخذ شئ من غرمائه المسلم لا كافر) معناه اذا كان لشخص مسلم دين على مسلم فباع الذى عليه الدين خمرا وأخذ ثمنها وقضى به الدين لا يحل للدائن أن يأخذ ثمن الخمر منه وان كان البائع كافرا جاز له أخذه والفرق ان البيع فى الوجه الاول باطل لانا لخمر ليس بمال متقوم فى حق المسلم فبقى الثمن على ملك المشترى فلا يحل له أخذ من البائع وفى الوجه الثانى صح البيع لانه مال متقوم فى حق الكافر وملكه البائع فيحل الاخذ منه بخلاف المسلم لما ذكرنا وفى النهاية عن محمد هذا اذا كان القضاء والاقتضاء بالتراضى فان كان بقضاء القاضى بان قضى عليه بهذا الثمن ولم يعلم القاضى بكونه ثمن الخمر يطيب له ذلك بقضائه وهو مشكل فانه مال الغير فكيف يطيبه له ومحمد رحمه الله أبضا لا رى نفوذ قضاء القاضى باطلا وانما ينفذ ظاهر افقط عنده وعلى هذا اذا مات مسلم وترك ثمن خمر باعها هو لا يحل لورثته أن يأخذوا ذلك لانه كالمغصوب وقال فى النهاية قال بعض مشايخنا كسب المغنية كالمغصوب لا يحل أخذه وعلى هذا قالوا لو مات رجل وكسبه من بيع البانق أو الظلم أو أخذ الرشوة يتورع الورثة ولا يأخذوا منه شيأ وهو أولى لهم وردوها على أربابها ان عرفوهم والا تصدقوا بها لان سبيل الكسب الخبيث التصدق اذا تعذر الرد على صاحبه قال رحمه الله (واحتكار قوت الآدمى والبهيمة فى بلد يضر بأهله) أى يكره الاحتكار فى القوت اذا كان يضر بأهل البلد لقوله عليه الصلاة والسلام الجالب مرزوق والمحتكر ملعون ولانه تعلق به حق العامة وفى الامتناع عن البيع ابطال حقهم وتضييق الامر عليهم فيكره اذا كان يضرهم ذلك بان كانت البلدة صغيرة بخلاف ما اذا لم يضر بان كان المصر كبيرا لانه يباس ملكه من غير اضرار بغيره وتلقى الجلب على هذا التفصيل وقدذكرنا فى البيوع وتخصيص الاحتكار بالاقوات قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف كل ما ضر بالعامة حبسه فهو احتكار وان كان ثيابا أو دراهم ونحو ذلك اعتبارا لحقيقة الضرر اذ هو المؤثر فى الكراهة وهما اعتبرا الضرر المتعارف المعهود ثم المدة اذا قصرت لا تكون احتكارا لعدم الضرر واذا طالت تكون احتكارا مكروها والتحقق الضرر ثم قيل هى مقدرة بأربعين ليلة لقوله عليه الصلاة والسلام

روى عن سعيد بن المسيب عن عمر بن الخطاب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الجالب مرزوق والمحتكر ملعون قال الفقيه انما أراد بالجالب الذى يشترى الطعام للبيع فى بلده فيبيعه فهو مرزوق لان الناس يتنفعون به فسماه بركة لدعاء المسلمين والمحتكر يشترى طعام المنع ويضر بالناس ولانه فى ذلك تضييق على المسلمين فلم يجز وله انهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن تلقى الجلب وعن تلقى الركبان اه وكتب مانصه قيل اللعن على قسمين أحدهما لمطرد من رحمة الله فهو ذلك لا يكون الا بالكفر والثانى الذى هو عن درجة الابرار ومقام الصالحين وهو المراد بقوله المحتكر ملعون لان عند أهل السنة المؤمن لا يخرج عن الايمان بارتكاب كبيرة كذا فى الكفاية اه (قوله ثم قيل هى) أى مدة الاحتكار التى يمنع منها اه غاية

من احتكر طعاما أربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه وقيل بالشهر لان ما دونه قليل عاجل والشهر وما فوقه كثير آجل وقد مر في غير موضع وبقع التفاوت في المأثم بين أن يتربص العزة وبين أن يتربص القحط والعياذ بالله وقيل المدة للحاضرة في الغلاء وأما الناس فيحصل وان قلت المدة فالحاصل أن التجار في الطعام غير محمودة قال رحمه الله (لا غلة ضيعته وما جلبه من بلد آخر) أي لا يكره احتكار غلة أرضه أو احتكار ما جلبه من بلد آخر لانه خالص حقه فلا يتعلق به حق العامة فلا يكون احتكارا آلا ترى أنه لا أن لا يزرع ولا يجلب فكذا له أن لا يبيع وهذا في الجلوب قول أبي حنيفة خاصة لان حق العامة يتعلق بما جلب وجمع في المصر أو في فنائه وهم يتعلق حقهم بما في بلد آخر فإذا نقله من بلد آخر كان له حبسه لعدم تعلق حقهم به فصار كغيره ضيعته والجامع عدم تعلق حقهم به اذ كان له أن لا يبيع كما كان له أن لا يزرع فكذا له أن لا يبيع ذلك وقال أبو يوسف رحمه الله يكره لما حبس ما جلبه من بلد آخر الا طلاق ما رويناه ولالحاق الضرر بالعامة ولانه يتوهم حصوله لهم بان يجلبه غيره لهم أو يجلبوهم لانفسهم كما نقله هو وجلبه فكان بحبسه مبطلا حقهم في النقل والجلب فصار كما اذا حبس الجلوب الى المصر أو فنائه بخلاف ما زرعه في ضيعته لانعدام هذا المعنى وقال محمد ان نقلهم من موضع يجلب منه الى المصر في الغالب يكره حبسه لان حق العامة تعلق به لانه بمنزلة ما نقله المصر آلا ترى أنه كان ينقل لو لم يأخذه هو بخلاف ما اذا نقلهم من بلد بعيد فتجر العادة بأهل منه الى المصر لانه لم تعلق به حقهم آلا ترى أنه لو لم يأخذه لم ينقل اليهم فصار كغلة ضيعته قال رحمه الله (ولا يسعر السلطان الا أن يتعدى أرباب الطعام عن القيمة تعديا فاحشا) لقوله عليه الصلاة والسلام لا تسعروا فان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق ولان الثمن حق البائع فكان اليه تقديره فلا ينبغي للامام أن يتعرض لحقه الا اذا كان أرباب الطعام يتحكمون على المسلمين ويتعدون تعديا فاحشا وعجز السلطان عن صيانة حقوق المسلمين الا بالتسعير فلا بأس به بمشورة أهل الرأي والنظر فاذا فعل ذلك على رجل فتعدى عن ذلك بماعه بثمن فوقه أجازه القاضي وهذا الاشكل عند أبي حنيفة لانه لا يرى الحجر على الحر وعندهما الامر كذلك لان أرباب الطعام يتحكمون على المسلمين ويتعدون لانه لا يكون جهرا بل يكون فتوى في ذلك وبنبغي للقاضي أو السلطان أن لا يجعل بعقوبته اذا رفع اليه هذا الامر ولا بالتسعير بل يأمره بأن يبيع ما فضل عن قوته وقوت أهله على اعتبار السعة وينهاه عن الاحتكار ويعظه ويزجره عنه فاذا رفع اليه ثانيا فعل به كذلك وهدده وان رفع اليه ثالثا حبسه وعزره حتى يمتنع عنه ويزول الضرر عن الناس ولا يسعر الا اذا أبوا أن يبيعوه الا بغبن فاحش ضعف القيمة وعجز عن صيانة حقوقهم الا به فلا بأس به بمشورة أهل الرأي على ما بينا وان امتنع من البيع بالكلية قيل لا يبيع عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يبيع بناء على أنه لا يرى الحجر على الحر البالغ العاقل وهما يريانه كما في بيع مال المديون وقيل يبيعه بالاجماع لان أبا حنيفة رحمه الله يرى الحجر لدفع ضرر يتم كما بينا في كتاب الحجر ومن باع منهم بما قدره الامام صح لانه غير مكره على البيع كذا ذكره صاحب الهداية وذكر في المحيط وفي شرح المختار أن البائع ان كان يخاف اذا نقص ان يضربه الامام لا يحل للمشتري ذلك لانه في معنى المكره والحيلة فيه أن يقول له بعني بما شئت فقد نذرت أبي شيء عليه يحل ولو اصطلح أهل بلدة على سعر الخبز واللحم وشاع ذلك فيما بينهم فاشترى رجل منهم خبزا بدرهم أو لحما فأعطاه البائع ناقصا والمشتري لا يعرف ذلك كان له أن يرجع عليه بالنقصان اذا عرف لان المعروف كالمشروط وان كان المشتري من غير أهل تلك البلدة كان له أن يرجع بالنقصان في الخبز دون اللحم لان سعر الخبز يظهر عادة في البلدان وسعر اللحم لا يظهر الا نادرا فيكون شارطا في الخبز مقدارا معينا باعتبار العادة دون اللحم ولو ناكف الامام على أهل مصر الهلاك أخذ الطعام من المحتكرين وفرقه فاذا وجدوا رد اليهم وليس هذا من باب الحجر وانما هو دفع الضرر عند كما في حال المخمصة ذكره في شرح المختار قال رحمه الله (وجاز بيع العصير من خمار) لان المعصية لا تقوم

ومن اغتر بالمال غرور وخاف الهلاك جاز له أخذه بغير رضاه اه (قوله وقالا لا ينبغي) أي لا يحوز وبه قالت الثلاثة اه

(قوله لقطع نسبته عنه) قال الخير الرملي قاضيخان في شرحه أصل هذا اذا باع العصير ممن يتخذه خمرا عند ابي حنيفة يجوز ولا بأس به وعند هما يكره اه غاية (قوله أو بيع الغلام من لوطي) قال الولوالجي في بيوع فتاواه رجل له عبد أمرد أراد أن يبيعه من فاسق يعلم أنه يعصي الله فيه غالبا يكره هذا البيع لانه اعانة على المعصية اه غاية وكتب ما نصه ذكرني في باب بيوع أهل الجمعة من المحيط المسلم الفاسق اذا اشترى عبدا أمرد وكان ممن يعتاد اتباع الامرد يجبر على بيعه دفعا للفساد اه (٣٩) (قوله وقالا هو مكروه) قال في الاسعاف قول أبي حنيفة قياس وقولهما استحسان غاية وكتب ما نصه لانه اعانة على المعصية فيكره لقوله تعالى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان اه غاية (قوله وعدمها حاملها) أي لان الحامل لا عانة على المعصية اه غاية (قوله المقرون بقصد المعصية) أي وهو شرب الخمر ولا كلام انه فيه فان ذلك مكروه اه غاية (قوله ومن وصى بدراهم عند بقال الخ) قال الكرخي في مختصره اه من كتاب الصرف وكل قرض جر منفعة لا يجوز مثل أن يقرض دراهم غلة على أن يعطيه صحاحا أو يقرض قرضا على أن يبيع به بيعا لانه يروى أن كل قرض جر منفعة فهو ربا وأويل هذا عندنا أن تكون المنفعة موجبة بعقد القرض مشروطة فيه وان كانت غير مشروطة فيه فاستقرض غلة فقضاه صحاحا من غير أن يشترط عليه جاز وكذلك لو باعه شيأ ولم يكن شرطه في أصل العقد جاز ذلك ولم يكن به بأس اهـ

بعينه بل بعد تغيره بخلاف بيع السلاح من أهل الفتنة لان المعصية تقوم بعينه فيكون اعانة لهم وتسببا وقد نهينا عن التعاون على العدوان والمعصية ولان العصير يصلح للاشياء كلها جائز شرعا فيكون الفساد في اختياره قال رحمه الله (واجارة بيت ليتخذه بيت نار أو بيعة أو كنيسة أو يباع فيه خمر بالسواد) أي اجارة البيت ليتخذه معبدا للكفار والمراد بيت النار معبد المجوس وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا ينبغي أن يكريه لشيء من ذلك لانه اعانة على المعصية وقد قال الله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان وله أن الاجارة على منفعة البيت ولهذا يجب الاجر بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فصار كبيع اجاريه لمن لا يستبرئها أو باع لهم درهما أو بيع الغلام من لوطي والدليل عليه انه لو أجره للكنس جاز وهو لا يباشر فيه من عباداته وانما قيد بالسواد لانهم لا يمكنون من احداث المعبد واظهار بيع الخمور والخنازير في الامصار لظهور شعائر الاسلام فيها فلا يعارض باظهار شعائر الكفر بخلاف السواد قالوا هذا في سواد الكوفة لان غالب أهلها أهل ذمة وأما في سواد غيرها فيه شعائر الاسلام ظاهرة فلا يمكنون فيها في الاصح قال رحمه الله (وحل خمر ذمي بأجر) أي يجوز ذلك أيضا وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا هو مكروه لانه عليه الصلاة والسلام لعن في الخمر عشرة وعد منها حاملها وله أن الاجارة على الحمل وهو ليس بمعصية ولا تتسبب لها وانما تحصل المعصية بفعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات الحمل لان حملها قد يكون للاراقة أو التخليل فصار كالاستئجار لعصر العنب أو قطفه والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية وعلى هذا الخلاف اذا آجره دابة ليتنقل عليها الخمر أو آجر نفسه ليرعى له الخنازير فانه يطيب له الاجر عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يكره وفي المحيط لا يكره بيع الزنانير من النصراني والقلنسوة من المجوسي لان ذلك لا دلال لهما في بيع الملابس المنهض للرجال أن يشتريه ليلبسه يكره لانه اعانة على لبس الحرام ولو أن اسكافا أمر انسانا أن يتخذ له خفا على زي المجوس أو القسة أو خياطا أمره انسان أن يخيط له قوبا على زي الفساق يكره له أن يفعل له ذلك لان هذا تسبب في التشبه بالمجوس والفسقة قال رحمه الله (وبيع شاه بيوت مكة وأراضيها) يعني يجوز أما البناء فظاهر لانه ملك لمن بناه الا تراه أنه لو بنى في المستأجر أو الوقف صار البناء ملكا له وجاز له بيعه وأما أراضيها فالمذكور هنا قول أبي يوسف ومحمد وهو احدى الروايتين عن أبي حنيفة لان أراضيها مملوكة لاهلها لظهور آثار الملك فيها وهو اختصاصهم بها شرعا وقوله عليه الصلاة والسلام وهل ترك لنا عقيل من ربع دليل على أن أراضيها تملك وتنقل الانتقال من ملك الى ملك وقد تعارف الناس بيع أراضيها والدور والرقبة فيهلمن غير نكير وهو من أقوى الحجج وقال أبو حنيفة لا يجوز بيع أراضيها لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال ان الله حرم مكة فحرام بيع رباعها ولا تؤجر بيوتها ولان الحرم وقف الخليل عليه الصلاة والسلام وبكره اجارة أرضها لقوله عليه الصلاة والسلام من أكل أجور أرض مكة فكأنما أكل الربا ولان أراضي مكة كانت تدعى في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وزمن الخليفتين من بعده السوائب من احتاج اليها سكنها ومن استغنى عنها أسكن غيره فيها ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه

لفظ الكرخي في مختصره وذلك لان القرض تمليك الشيء بمثله فاذا جر نفعا صار كأنه استرد فيه الربا فلا يجوز ولان القرض تبرع وجر المنفعة يخرجه عن موضعه وانما يكره اذا كانت المنفعة مشروطة في العقد واذا لم تكن مشروطة فيه يكون المقترض متبرعا بها فصار كما لو جحد الذي دفعه صلى الله عليه وسلم في بدل القرض وقد روى عن ابن عمر أنه كان يستقرض فاذا خرج عطاؤه أعطاه أجود مما أخذ قال القدوري في شرحه والذي حكى عن أبي حنيفة أنه أقرض رجلا ما لا ثم جاء ليقبضه فلم يقف في ظل حائطه ووقف في الشمس حتى خرج

اليه فلا أصل له وأبو حنيفة اتقه من ذلك ما شاء كرهه ذلك لانه اذا ملكه الدهر فقد أعرضه اياه وقد شرط أن يأخذ منه ما يرد من الثوابل والبقول وغير ذلك مما يحتاج اليه شيأ فشيأ فهو في ذلك نفع وهو بقاء درهمه وكفاية الحاجات ولو كان في يده خرج من ساعته ولم يبق فيصير في معنى قرض جر نفعا وهو منهي عنه وينبغي أن يودعه اياه ثم يأخذ منه شيأ فشيأ وان ضاع فلا شئ عليه لان الوديعة أمانة قال رحمه الله (وتعتبر المخصص ونقطه) لان القراءة والاداء توقيفية ليس للرأي فيهما مدخل فبالتعثير يحفظ الآي والنقط يحفظ الاعراب فكانا حسنين ولان العجمي الذي لا يحفظ القرآن لا يقدر على القراءة الا بالنقط فكان حسنا وما روى عن ابن مسعود أنه قال جردوا القرآن فذاك في زمنهم لانهم كانوا يتلقونه عن النبي صلى الله عليه وسلم كما أنزل وكانت القراءة سهلة عليهم وكانوا يرون النقط مخلا بحفظ الاعراب والتعثير يحفظ الآي ولا كذلك العجمي في زماننا فيتعين لهجر العجمي عن التعلم اليه وعلى هذا الأبأس بكتابة أسامي السور وعدّ الآي فهو وان كان محدثا فمتحسن وكم من شئ يختلف باختلاف الزمان والمكان قال رحمه الله (وفعليته) أي يجوز فعلية المصحف لما فيه من تعظيمه كما في نقش المسجد وتزيينه وقد ذكرنا من قبل وذكرنا الخلاف فيه اذا كانت الفعلية بذهب أو فضة غير موقوف قال رحمه الله (ودخول ذمي مسجدا) أي جاز ادخال الذمي جميع المساجد وقال مالك رحمه الله يكره ذلك في كل مسجد وقال الشافعي يكره في المسجد الحرام لقوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا ولان الكافر لا يخلو عن الجنابة فوجب تنزيه المسجد عنه وعدي مالك الى سائر المساجد لعموم العلة وهي النجاسة لان كلها تنزه عنها ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم أنزل وفد ثقيف في المسجد وضرب لهم خيمة فيه فقالت الصحابة رضي الله عنهم المشركون نجس فقال عليه الصلاة والسلام ليس على الارض من نجاساتهم شئ وانما نجاساتهم على أنفسهم وروى أن أبا سفيان دخل في حال كفره مسجد المدينة صلى الله عليه وسلم والنجاسة المذكورة في الآية هي الخبث في اعتقادهم لان كل قبيح رجس وهو النص الا ترى أن الازلام والميسر سميت في القرآن رجسا لقبحها والمراد بالمنع المذكور في الآية عن قربانهم المسجد الحرام منعهم عن الطواف لانهم كانوا يطوفون بالبيت عراة على ما ذكرنا أهل التفسير وكان الحكم لهم فيفعلون ما أرادوا ولما أعلى الله تعالى كلمته ونصر دينه وفتح على المسلمين بعد الفتح نهوا عن ذلك ومنع وامر دخوله لقصد الطواف بالكلية قال رحمه الله (وعيادته) أي تجوز عيادة الذمي لما روى أن يهوديا من جوار النبي صلى الله عليه وسلم فقال قوموا بنا نعود جارنا اليهودي فعاده وقعد عند رأسه وقال قل لا اله الا الله محمد رسول الله فنظر المريض الى أبيه فقال له أطع أبا القاسم فأجابه وشهد أن لا اله الا الله فقام أبو محمد رسول الله ثم مات وقال النبي صلى الله عليه وسلم الحمد لله الذي أنقذ بي نسمة من النار ولان العيادة نوع من البر وقد قال الله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا اليهم ولا بأس برد السلام على الذمي ولا يزيد على قوله وعليكم فانه عليه الصلاة والسلام لم يزد حين رد على اليهودي ولا يبدأ بالسلام لان فيه تعظيمه وتكريمه وان كانت له حاجة اليه فلا بأس ببدايته به ولا يدعوله بالمغفرة ولو دعا له بالهدى جاز لانه عليه الصلاة والسلام قال اللهم اهد قومي فانهم لا يعلمون ولو دعا له بطول العمر قيل لا يجوز لان فيه التمادي على الكفر وقيل يجوز لان في طول عمره نفعة للمسلمين بادائه الجزية فيكون دعاء لهم وعلى هذا الاختلاف الدعاء له بالعافية وهذا اذا كان من أهل الكتاب كاليهودي والنصراني وان كان مجوسيا قيل لا يعوده لانه أبعد عن الاسلام من أهل الكتاب وقيل يعوده لان فيه اظهار محاسن الاسلام وترغيبه فيه وتألفه وقد دنا اليه واختلفوا في عيادة الفاسق أيضا والاصح انه لا بأس بها لانه مسلم والعيادة من حقوق المسلمين واذا مات الكافر قال لولده أو قريبه في تعزيته أخلف الله عليك خيرا منه وأصلحك أي أصلحك

من ذلك لمنع من المجالس في سراجه لانه انتفاع به وهذا لا شبهة فيه اه اتقاني (قوله وله) أي نقرض اه (قوله وعلى هذا لا بأس بكتابة أسامي السور الخ) قال في شرح المجمع وعن أبي بكر الرازي في كتاب الكراهة وكان الشيخ أبو الحسن يقول لا بكره ما يكتب في تراجم السور حسب ما جرت به العادة لان في ذلك اية عن معنى السورة وهو تنزلة كلمة التسمية في أوائلها الفصل اه (قوله والمراد بالمنع المذكور في الآية الخ) قال الاتقاني والآية عند أصحابنا محمولة على أن يمنعوا من بول المسجد الحرام والقيام بمصالحه ويعزلون عن ذلك أو على طوافهم عراة كما كانوا يفعلون كذلك في الجاهلية فأمر الله بتطهير المسجد الحرام عن ذلك لان نفس الدخول ممنوع بدليل ما مر انا سحدث الصغاري في جامعه الصحيح باسناده الى حميد بن عبد الرحمن بن عوف أن أبا هريرة أخبره أن أبا بكر بعثه في الحجة التي أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل حجة الوداع في رهط يؤذن في الناس لا يحجن بعد العام مشرك ولا يطوفن بالبيت عريان اه (قوله وقال النبي صلى الله عليه وسلم الحمد لله الخ) قال محمد رويناه أخذ الاثر في عيادة اليهود والنصارى والمجوس بأسا كذا في كتاب الآثار محمد قال الاتقاني ونص محمد في المجوسي على أنه لا بأس بعيادته ولكن المشايخ اختلفوا بالاسلام فيه (قوله لانه أبعد من الاسلام عن أهل الكتاب) الا ترى أنه لا يجوز ذبيحة المجوس ونكاحهم بخلاف اليهود والنصارى اه اتقاني

(قوله وأحسن عزاءك) قال في المصباح وعزيته تعزية قلت له أحسن الله عزاءك أي رزقك الله الصبر الجميل والعزاء مثل سلام اسم من ذلك مثل سلم سلاما وكلم كلاما وتعزى هو تصبر وشعاره أن يقول إنا لله وإنا إليه راجعون اه (قوله والموجوء هو الخصي) فيه نظر تقدم في الاضحية اه (قوله كان لاجل تكثير الخيل) وكانت الخيل في بني هاشم قليلة فأحب رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تكثر فيهم اه اتقاني (قوله في المتن وقبول هدية العبد التاجر الخ) قال الكرخي في كتاب (٣١) المأذون من مختصر ما وأهدى المأذون

بالاسلام ورزقك ولد اسلما لان الخبيثة به تظهر وبقبول في تعزيته المسلم أعظم الله أجرك وأحسن عزاءك ورحم ميتك وكثر عددك قال رحمه الله (وخصاء البهائم) أي جائز لانه عليه الصلاة والسلام ضحى بكبشين أملحين موجوءين والموجوء هو الخصي ولان لحمه يطيب به ويتربا النطاح فكان حسنا قال رحمه الله (وانزاء الحمير على الخيل) لانه عليه الصلاة والسلام ركب البغل واقتناه ولو لم يجز لما فعله لان فيه فتح بابه وما ورد فيه من النهي كان لاجل تكثير الخيل قال رحمه الله (وقبول هدية العبد التاجر وإجابة دعوته واستعارة دابته وكرسوته الثوب وهديته النقدين) يعني الدراهم والدنانير والقياس أن لا يجوز بالكل لانه تبرع والعبد ليس من أهله لكن جوزنا في الشيء اليسير للضرورة مسامحة لانه لا يجد بدا منه كالضيافة ليجتمع اليه إخوانه ويجلب قلوب المعاملين فكان من ضرورات التجارة ومن ملك شيأ ملك ما هو من ضروراته وقد صح أن سلمان الفارسي أهدى الى النبي صلى الله عليه وسلم هدية قبل أن يعتق فقبلها النبي صلى الله عليه وسلم وقبل هدية بريرة فقال هو لها صدقة ولنا هدية وكان عليه الصلاة والسلام يجيب دعوة المملوك وعلى هذا كانت الصحابة رضي الله عنهم حتى روى عن أبي سعيد مولى أبي أسيد أنه قال دعوت رهطا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فيهم أويس رضي الله عنهم فحضرت الصلاة فقدموني وأنا مولى عبد ولا ضرورة في الشيء الكثير كالدراهم والثياب فبقي على الاصل قال رحمه الله (واستخدام الخصي) أي بكره استخدام الخصي لان فيه تحريض الناس على الخصاء وهو مثلة وقد صح انه عليه الصلاة والسلام نهى عنها فتحرم قال رحمه الله (والدعاء بمعقد العز من عرشك) أي يكره أن يقول في دعائه اللهم اني أسألك بمعقد العز من عرشك وللسنة عبارتان بمعقد وبقعد فالاولى من العقد والثانية من القعود تعالى الله عن ذلك علوا كبيرا ولانك في كراهية الثانية لاستحالة معناها على الله تعالى وكذا الاولى لانه موهم أن عزه متعلق بالعرش والعرش حادث وما يتعلق به يكون حادثا ضرورة والله متعال عن تعلق عزه بالحادث بل عزه قديم لانه صفته وجميع صفاته قديمة فاتضح بذلك انه لم يزل موصوفا بها في الأزل ولن يزال في الابدوليس في وصفه شيأ من الكمال لم يكن له في الازل بحدوث العرش وغيره وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا بأس به وبه أخذ الفقيه أبو الليث لما روى أنه عليه الصلاة والسلام كان من دعائه اللهم اني أسألك بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامة والاحوط الامتناع لكونه خبرا واحدا فيه يخالف القطعي اذ المتشابه يثبت بالقطعي ولوجعل العزصفة للعرش كان بأسا لان العرش موصوف في القرآن بالمجد والكرم فكذا بالعز ولا يشك أحد أنه موضع الهيبة واظهار كمال القدرة وان كان الله تعالى مستغنيا عنه قال رحمه الله (وبحق فلان) أي يكره أن يقول في دعائه بحق فلان وكذا بحق أنبيائك وأوليائك أو بحق رسلك أو بحق البيت أو المشعر الحرام لانه لا حق للخلق على الله تعالى وانما يتفضل برحمته من يشاء من غير وجوب عليه ولو قال رجل لغيره بحق الله أو بالله أن تفعل كذا لا يجب عليه أن يفعل ذلك شرعا وان كان الاولى أن يأتي به قال رحمه الله (واللعب بالشطرنج والنرد وكل لهو) لقوله عليه الصلاة والسلام كل لعب ابن آدم حرام الا ثلاثة ملاعبة الرجل أهله وتأديبه فرسه ومناضلته بقوسه

هديه أو دعا رجلا الى منزله فخدا أو أعار رجلا دابة ليركبها أو ثوبا يلبسه فذلك جائز لا بأس به ولا ضمان على الرجل الحر في شيء من ذلك ان عطبت الدابة بمحضه أو تخرق الثوب من لبسه ولا بأس أن يقبل الرجل ذلك من العبد كذا على العبدين أو لم يكن وهذا استحسان من أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وليس بقياس اه وبلفظ عن عمر بن الخطاب أنه سئل عن العبد يتصدق بالشيء قال بالرغيف ونحوه ولا بأس بصدقة العبد المأذون بالطعام وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد ليس لعبد المأذون أن يهب درهما ولا يتصدق به ولا يكسو ثوبا وانما استحسن من ذلك في الطعام ونحوه اه اتقاني (قوله روى عن أبي سعيد مولى أبي أسيد الخ) أي قال أعرست وأنا عبد فدعوت الخ اه غاية (قوله لاستحالة معناها على الله) أي لأنه موصوف الله تعالى بما هو باطل وهو القعود وهو التمكن على العرش وذلك قول

المجسمة وهو قول باطل اه (قوله وعن أبي يوسف الخ) قال الكرخي في مختصره قال أبو يوسف لا أكره هذا أو أرى بحق فلان وبحق أنبيائك ورسلك وبحق البيت والمشعر الحرام وهذا الصواب هكذا نقله الكرخي اه غاية (قوله أنه لا بأس به) وبه قالت الثلاثة اه عيني (قوله في المتن واللعب بالشطرنج الخ) أما النرد فحرام بالاجماع وأما الشطرنج فان قامر به فهو حرام بالاجماع لان الله تعالى حرم القمار وان لم يقامر فكذلك عندنا اه اتقاني

قال ابن دريد هو أعجمي معرب وقد جاء في الحديث الصحيح عن النبي صلى الله عليه وسلم من لعب بالنردشير فكأنما غمس يده في لحم خنزير ودمه اه وفي نهاية ابن الاثير النردباسم أعجمي معرب وشير بمعنى حلو اه وفي لسان العرب والنردمعروف شئ يلعب به وليس بعربي وهو التردشير اه (قوله ولو بر أو حنيفة بالسلام عليهم عامهم فيه وكرهه أبو يوسف ومحمد تحقيرا لهم وروى أن علي رضي الله عنه مر بقوم يلعبون بالشطرنج وليسلم عليهم فقيل له في ذلك فقال كيف أسلم على قوم يعكفون على أصنام وروى أنه ضرب على رؤسهم ولا بأس بالمسابقة في الرمي والفرس والابل ان شرط المال من جانب واحد بأن يقول أحدهما لصاحبه ان سبقتني فلك كذا وان سبقتك فلا شئ لي لقوله عليه الصلاة والسلام لا سبق الا في خف أو نصل أو حافر رواه أحمد وأبو داود وجماعة آخر وحرم لو شرط المال من الجانبين بأن يقول ان سبق فرسك أعطيتك كذا وان سبق فرسي لم يعطني كذا الا اذا أدخلا ثالثا بينهما وقالا لك ان سبقتنا فالمال لك وان سبقناك فلا شئ لنا عليك ولكن أيهما سبق صاحبه أخذ المال المشروط وكذا المتفقهة اذا شرط لاحدهما الذي معه الصواب صح وان شرطا لكل واحد منهما على صاحبه لا يجوز كما في المسابقة قال رحمه الله (وجعل الرابة في عنق العبد) أي لا يجوز وهو معطوف على المهر وصورته أن يجعل في عنقه طوق مسمر كسمار عظيم يمنعه من تحريك رأسه وهو معتاد بين الظلمة وانه حرام لانه عقوبة الكفار فيصير كالاحراق بالنار وقال عليه الصلاة والسلام لا تعذبوا بعذاب الله وفي النهاية انه علامة بالنه آبق وقال لا بأس به في زماننا لغلبة الاباق خصوصا في الهنود وكان في زماننا مكروها لقلة الاباق (وحل قيده) أي جاز قيد العبد احترازا عن الاباق والتمرد وهو سنة المسلمين في الفساق بخلاف الرابة لانه محدث وشر الامور محدثاتها فعليه الصلاة والسلام كل محدث بدعة وكل بدعة ضلالة وكل ضلالة في النار قال رحمه الله (والحقنة) أي جازت الحقنة للتداوي وجاز أن ينظر الى ذلك الموضع للضرورة لقوله عليه الصلاة والسلام لكل داء دواء واذا أصاب الدواء الداء برئ باذن الله تعالى رواه مسلم وأحمد وروى أن الاعراب قالت يارسول الله ألا نتداوى قال نعم عباد الله تداووا فان الله لم يضع داء الا وضع له شفاء أو دواء الا داء واحدا قالوا يارسول الله وما هو قال الهرم رواه الترمذي وصححه ورواه جماعة ومن الناس من كره التداوي لما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال يدخل الجنة من أمتي سبعون ألفا بغير حساب هم الذين لا يسترقون ولا يتطيرون ولا يكتوون وعلى ربهم يتوكلون رواه البخاري ومسلم وأحمد وعن ابن عباس أن امرأة سوداء أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت اني أبرسم وانى أتكشف فادع الله لي قال ان شئت صبرت ولك الجنة وان شئت دعوت الله تعالى أن يعافيك فقالت أصبر فاني أتكشف فادع الله أن لا أتكشف فدعا لها رواه أولئك الثلاثة ولما روينا وروى البخاري وأحمد أنه عليه الصلاة والسلام قال ما أنزل الله تعالى داء الا أنزل له شفاء وروى أنه عليه الصلاة والسلام تداوى واحتجم وقال جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كوى سعد بن معاذ في أكحله مرتين رواه ابن ماجه وسلم بعضاء ولا جناح على من تداوى اذا كان يرى أن الشافي هو الله دون الدواء وان الدواء جعله سبب الذلك والمعافي في

(قوله ولا يجوز بالنجس الخ) اذا سال الدم من أنف انسان فكتب بالدم على جبهته وأنفه يجوز للاستشفاء والمعالجة ولو كتب بالبول ان عم أن فيه شفاء لا بأس به لكن لينقل وهذا لان الحرمة تسقط عند الاستشفاء ألا ترى ان العطشان يجوز لشرب الخمر والجائع يحل له أكل الميتة اه ولو الجل في الفصل الثاني من الكراهية اه وذكر الولوالجي في الفصل الثامن من الكراهية ما نصه التداوي بالبول الانسان اذا أشاروا اليه لا بأس به هكذا ذكر في بعض المواضع وفيه نظر لان البول من الانسان حرام والاستشفاء بالحرام حرام اه (قوله وكذا كل تداو الخ) ذكر الشارح قبيل قول المصنف وعشرون دلوا أن التداوي بالطاهر الحرام كالبول من الانسان لا يجوز لما ذكر الشارح هنا بالنجس اه وكتب ما نصه سيأتي في آخر المقالة نقلا عن النهاية ما يخالف هذا اه (قوله قال ان الله أنزل الداء الخ) وهذا اذا فعل الحقنة للدواء فان فعل لاجل السمن فعن أبي يوسف لا بأس به لان الهزال اذا تناهى به يورث السل اه غاية (قوله والتولة) كذا ضبطه الشارح اه (قوله والتداوي لا يمنع التوكل) قال نظر الاسلام البزدوي وغيره المذهب عند أهل السنة والجماعة وأئمة الفتوى أن التوكل المأمور به بعد كسب الاسباب ثم الحقيقة هو الله تعالى عند ذلك وما رواه بعضهم من الاخبار مما يدل على كراهية التداوي فذلك اذا كان يرى الشفاء من الدواء ويعتقد أنه لولم يعالج لسلم ونحن نقول لا يجوز لمثل هذا التداوي ولا فرق في الحقيقة بين الرجل والمرأة وانما يجوز ذلك بالاشياء الطاهرة ولا يجوز بالنجس كالخمر وكذا كل تداو لا يجوز الا بالطاهر لما روى ابن مسعود انه عليه الصلاة والسلام قال ان الله لم يجعل شفاء كم فيما حرم عليكم ذكره البخاري وعن أبي الدرداء أنه عليه الصلاة والسلام قال ان الله أنزل الداء والدواء وجعل لكل داء دواء فتداووا ولا تتداووا بحرام رواه أبو داود ويجوز التداوي بالعظام كلها سواء كانت من الذكية أو من الميتة غير أنه اذا كانت من الميتة لا يجوز الا اذا كانت يابسة ليس فيها دسومة ومن الذكية يجوز كيفما كان الا عظم الخنزير والآدمي الخنزير لنجاسته والآدمي لكرامته اذ لا يجوز الانتفاع بأجزائه ولا بأس بالرقى لانه عليه الصلاة والسلام كان يفعل ذلك وما يأتي فيه من النهي عنه عليه الصلاة والسلام محمول على رقى الجاهلية اذ كانوا يرقون بكلمات كفر لا ترى الى ما روى عن عروة بن مالك أنه قال كنا في الجاهلية نرقي فقلنا يا رسول الله كيف ترى في ذلك فقال اعرضوا علي رقاكم لا بأس بالرقى ما لم يكن فيه شرك رواه مسلم وأبو داود وعن ابن مسعود أنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ان الرقى والتمائم والتولة شرك رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه والتولة ضرب من السحر قال الاصمعي هو تحبيب المرأة الى زوجها وعن جابر أنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الرقى فجاء آل عمرو بن حزم فقالوا يا رسول الله انه كانت رقية نرقي بها من العقرب فانك نهيت عن الرقى فلم نعرضها عليه فقال ما أرى بأسا من استطاع منكم أن ينفع أخاه فليفعل رواه مسلم وعن عائشة رضي الله عنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا مرض أحد من أهله نفث عليه المعوذات فلما مرض مرضه الذي مات فيه جعلت أنفث عليه وأمسحه بيد نفسه لانها أعظم بركة من يدي رواه البخاري ومسلم وأحمد والتداوي لا يمنع التوكل ولو أخبره طبيب بالدواء فلم يتداوحتى مات لا يأثم بخلاف ما اذا جاع ولم يأكل مع القدرة عليه حتى مات حيث يأثم لان زوال الجوع بالاكل متيقن به باعتبار العادة فان الله أجرى العادة بازالة الجوع وخلق الشبع عند الاكل لا يتخلف عنه أصلا بخلاف المرض عند التداوي فانه في حيز التردد وقال في النهاية يجوز التداوي بالمحرم كالخمر والبول اذا أخبره طبيب مسلم أن فيه شفاء لم يجد غيره من المباح ما يقوم مقامه والحرمة ترتفع للضرورة فلم يكن متداويا بالحرام فلم يتناوله حديث ابن مسعود ويحتمل انه قاله في داء معروف له دواء غير المحرم قال رحمه الله (ورزق القاضي) أي حل رزق القاضي من بيت المال لان بيت المال أعد لمصالح المسلمين والقاضي محبوس لمصالحهم والحبس من أسباب النفقة فكان رزقه فيه كرزق المقاتلة والزوجة يعطى منه ما يكفيه وأهله على هذا كانت الصحابة والتابعون رضي الله عنهم وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم عتاب بن أسيد الى مكة وفرض له وبعث عليا ومعاذا الى اليمن وفرض لهما وكان أبو بكر والخلفاء من بعده يأخذون كفايتهم فكان اجماعا وهذا اذا كان بيت المال حلالا لجمع بحق وان كان حراما بأن جمع باطل ليحل له أخذه لان مال الغير فيجب رده على صاحبه ثم ان كان القاضي محتاجا فالافضل له أن يأخذ بل يجب لانه لا يتوصل الى اقامة ما عليه الا بما ذا شتغاله بالكسب فيمنعه عن اقامة ما عليه وان كان غنيا كذلك يأخذ منه كفايته عند بعضهم وهو الاصح لان ماله يفرغ بالنفقة الحاجة وفيه صيانة للحكم عن أن يهون عند المطلوب ونظر لمن يجيء بعده من المحتاجين لانه اذا انقطع زمانا بعذر رزقه عند ولايته احتاج هذا اذا أعطوه من غير شرط ومعاقدة

(٥ — زيلعي سادس) التوكل بعده على الله تعالى الخ دون الاسباب يعني أن التوكل مع مراعاة الاسباب لا مع قطع الاسباب لكن بعد مراعاة الاسباب يعتمد على الله تعالى لا على الاسباب وحقيقة من هذا القبيل اه انقاني (قوله وقال في النهاية الخ) هذا الذي نقله عن النهاية نقله عنها أيضا في الاشربة وذكر أن صاحب النهاية عزاه الى الذخيرة اه (قوله وفرض له) أي كل سنة بأربعين أوقية اه غاية

(قوله وقيل هو على الاختلاف الخ) اذا استحبت نفقة السنة في بعض السنة ورد ما بقي من النفقة

كمعتدة بائن ان كان بشرط ومعاقدة لا يحل له أخذه لان القضاء طاعة فلا يجوز أخذ الاجر عليه كسائر الطاعات وتسميته رزقه بدل على أنه ما يأخذ مقدر بالكفاية وانه ليس باجر وقد جرى الرسم باعطائه في أول السنة لان الخراج كان يؤخذ في أول السنة وهو يعطى منه وفي زماننا يؤخذ الخراج في آخر السنة والمأخوذ من الخراج خراج السنة الماضية في الصحيح وعليه الفتوى وأما الرزق في أول السنة ثم عزل قبل مضي السنة قيل يجب عليه رد حصة ما بقي من السنة وقيل هو على الاختلاف في الزوجة على ما مناه قال رحمه الله (وسفر الامة وأم الولد بلا محرم) أي يجوز لهما السفر بغير محرم لان الامة بمنزلة المحرم لعامة الرجال فيما يرجع الى النظر والمس من قبل فكما يجوز للحر أن يسافر مع المحرم فكذا هي مع الاجنبي وأم الولد أمة لقيام الرق فيها وكذا المكاتبة لانها مملوكة رقبة وكذا معتقة البعض عند أبي حنيفة رحمه الله لانها كالمكاتبة عنده وفي الكافي قالوا هذا في زماننا لغلبة أهل الصلاح فيه وأما في زماننا قالوا لغلبة أهل الفساد فيه ومثله في النهاية معزيا الى شيخ الاسلام قال رحمه الله (وشراء الابق للصغير منه وبيعه لهم والاجر والملتقط لولي جرهم) أي يجوز لهؤلاء الثلاثة أن يشتروا للصغير ويبيعوا الابق لمنعه اذا كان الصغير في حجرهم وذلك مثل النفقة والكسوة لانهم لو لم يكن لهم ذلك لتضرر الصغير وهو مدفوع وأصله أن التصرف على الصغير على ثلاثة أنواع نوع هو نفع محض فيملكه كل من هو في يده ولو كان أولى يكن وليا كقبول الهبة والصدقة ويملكه الصبي نفسه اذا كان ممن يعقل ونوع هو ضرر محض كالعتاق والطلاق فلا يملكه عليه أحد ونوع هو متردد يحتمل أن يكون نفعا ويحتمل أن يكون ضررا وذلك مثل البيع والاجارة تدور مع الربح فلا يملكها الا الاب والجد ووصيهما ويملكونه سواء كان الصغير في أيديهم أو لم يكن لانهم يتصرفون عليه بحكم الولاية فلا يشترط أن يكون في أيديهم وهكذا ذكره في الكافي واستظهر النظر من النوع الاول وبيعه نوع رابع وهو الانكاح فليحرر من كل عصبة ومن ذوي الارحام عند عدمهم عند أبي حنيفة ولا يجوز من غيرهم وقد عرف في موضعه قال رحمه الله (وتؤجره أمه فقط) معناه ان الصغير لا يؤجره أحد من هؤلاء الثلاثة الا الام فانها تؤجره اذا كان في حجرها ولا يؤجره الاخ ولا العم ولا الملتقط والفرق أن الام تملك انلاف منافعه بغير عوض بان تستخدمه ولا يملكه هؤلاء وهذه رواية الجامع الصغير وفي رواية القدوري يجوز أن يؤجره الملتقط وسلمه في صناعة فعلم من النوع الاول وهذا أقرب لان فيه تمحض ضرر ونفعا محضا للصغير ولو آجر الصبي نفسه لا يصح لانه منسوب بالضرر لانه اذا فرغ من العمل لانه تمحض نفعا بعد الفراغ فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور عليه اذا أجر نفسه وقد ذكرنا ممن قبل وان كان الصغير في يد الام فأجرته أمه صح لانه من الحفظ وهذا عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز

﴿ كتاب احياء الموات ﴾

قال رحمه الله (هي أرض تعذر زرعها لانقطاع الماء عنها أو لغلبته عليها غير مملوكة بعيدة من العامر) هذا تفسير الموات من الارض وانما سميت مواتا اذا كانت بهذه الصفة لبطلان الانتفاع بها تشبيها لها بالحيوان اذا مات وبطل الانتفاع به وأما تفسير الحياة ظاهر والمراد من الحياة هنا الحياة النامية قال الله تعالى فأحيينا به الارض بعد موتها وقوله غير مملوكة أي في الاسلام لان الميت على الاطلاق ينصرف الى الكامل وكما بأن لا يكون مملوكا لاحد لانها اذا كانت مملوكة لمسلم أو ذمي كان ملكه باقيا فيعد العدم ما زيله فلا تكون سواتا ثم ان عرف المالك فهي له وان لم يعرف كانت لقطة تتصرف فيها الامام كما يتصرف في جميع اللقطات والأموال الضائعة ولو ظهر لها مالك بعد ذلك أخذها وضمن له من زرعها ان نقصت بالزراعة والا فلا شئ عليه وقال القدوري رحمه الله فما كان منها عامرا وكان مملوكا

(قوله ثم ان عرف المالك فهي له) أي أو وارثه ان عرف اه

في

عند محمد خلافا لابي يوسف وإليه أشار الخصاف في نفقاته والصحيح هو القول الاول كذا ذكر الشهيد وظهير الدين قاضيخان اه غاية وكتب ما نصه وقال بعضهم على قول محمد يجب وعلى قول أبي يوسف لا يجب اه غاية (قوله وذلك مثل البيع الخ) سيجيء في الوصية أن الوصي لا ينصرف في مال الصغير وتقدم في المزارعة أن الاب والوصي يملكان زراعة مال الصغير اه وأما اقراض مال اليتيم فذكور في مسائل شتى اه (قوله ولو آجر الصبي نفسه لا يصح) أي لا يلزم اه نهاية

﴿ كتاب احياء الموات ﴾

مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية من حيث ان في مسائل هذا الكتاب ما يكره وما لا يكره اه اتقاني رحمه الله تعالى (قوله في المتن أو لغلبته عليها) أي وما أشبه ذلك بأن تصير الارض سبخة أو يغلب عليها الرمال اه (قوله لانها اذا كانت مملوكة لمسلم أو ذمي) أي وصارت خرابا وانقطع الماء عنها وارتفق الناس بها من حيث المرعى والاحتطاب اه (قوله فلا يكون مواتا) أي حتى لا يملك باذن الامام عندهم جميعا اه غاية

(قوله فلو بإمن عهدهم) أي لأن يكون منسوبا الى عادلان جميع أراضي الموات لم تكن لعاد اه غاية (قوله بحيث لو وقف انسان) أي جهوري الصوت اه غاية (قوله فلا يكون) أي القريب على مذهبه اه غاية (قوله وشمس الائمة اعتمد قول أبي يوسف) يعني أخذ بقوله وهو أن ما قرب من العامر لا يكون مواتا وعليه اعتمد القدوري أيضا اه

في الاسلام لا يعرف له مالك بعينه فهو لعادي ما قدم خرابه كأنه منسوب الى عاد فلو بإمن عهدهم وجعل المعاول في الاسلام انما لم يعرف مالكه من الموات لان حكمه كلقوات حيث يتصرف فيه الامام كما يتصرف في الموات لانه موات حقيقة على ما بينا (قوله بعيدة من العامر هو قول أبي يوسف رحمه الله وحد البعد أن يكون في مكان بحيث لو وقف انسان في أقصى العامر فصاح بأعلى صوته لم يسمع منه فانه موات وان كان يسمع فليس بموات لانه فناء العامر فينتفعون به لانهم يحتاجون اليه لرعي مواشيهم وطرح حصائدهم فلم يكن انتفاعهم منقطعا عنه ظاهرا فلا يكون مواتا وعند محمد رحمه الله يعتبر حقيقة الانتفاع حتى لا يجوز احياء ما ينتفع به أهل القرية وان كان ببعد ولا يجوز احياء ما لا ينتفعون به وان كان قريبا من العامر وشمس الائمة السرخسي اعتمد قول أبي يوسف قال رحمه الله (ومن أحياء باذن الامام ملكه) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يملك من أحياء ولا يشترط فيه اذن الامام لقوله عليه الصلاة والسلام من عمر أرضا ليست لاحد فهو أحق بها رواه أحمد والبخاري وقال عليه الصلاة والسلام من أحيا أرضا ميتة فهي له رواه أحمد والترمذي وصححه ولانه مباح سبق اليه فكان أحق به كالماء والحطب والحشيش والصيد والركاز ولابي حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام ليس لمرء الا ما طابت به نفس امامه ولان هذه الاراضي كانت في أيدي الكفرة ثم صارت في أيدي المسلمين فصارت دارا ولا يختص بالني ما أحد دون رأي الامام كالفيء بخلاف المتشهد به من الصيد وأمثاله لانها لم تكن في أيدي الكفرة فلم تكن في حكم الفيء وصار بهما كان اذا مات عليه الصلاة والسلام لا نصب شرع كفوله عليه الصلاة والسلام من قتل قتيلا فله سلبه فانه تخريض منه بالسلب لا نصب شرع على ما بيناه في موضعه ثم اذا أحياها فهو على خراجية أو عشرية فهي على ما بيناه في السير وبينا الاختلاف فيه ولو ترك كها بعد الاحياء وزرعها غيره قبل الثاني أحق بها الا ان الاول ملك استغلالها دون رقبتها والاصح أن الاول أحق بها لانه ملك رقبتها بالاحياء فلا تخرج عن ملكه بالترك ولو أحيا أرضا ميتة ثم أحيط الاحياء بجوابه الاربعة من أربعة نفر على التعاقب تعين طريق الاول في الارض الرابعة في المروي عن محمد رحمه الله لانها لما أحاط الجوانب الثلاثة تعين الجانب الرابع للاستطراق ويملك الذي بالاحياء كالمسلم لانها لا يختلفان في سبب الملك قال رحمه الله (وان حفر آبارا أو أجرى ماء فيها من الشرب أو غيره وكل ذلك لا يفيد الملك فبقيت مباحة على حالها لكنه هو أولى بها ولا تؤخذ منه الى ثلاث سنين فاذا ترك مرها فيها أخذها الامام منه ودفعها الى غيره لانه انما كان دفعها اليه ليعمرها فيحصل للمسلمين منفعة العشر أو الخراج فاذا لم يحصل المقصود فلا فائدة في تركها في يده وانما قدر بثلاث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق ولان مدة الانتظار ينبغي أن تكون عامة حتى تشمل جميع المتحجرين وذلك بالتقدير بثلاث سنين لان المتحجر له أن يتحجر أي موضع شاء من دار الاسلام وأقصى دار الاسلام يقطع في سنة فيقدر بثلاث سنين سنة للذهاب وسنة للاياب وسنة لتدبير مصالحه فلا ينبغي لاحد أن يحيي ذلك الموضع حتى تمضي عليه ثلاث سنين وهذا من طريق الديانة وأما في الحكم فاذا أحياها غيره قبل منعها لمكها

(قوله بان كربه وسقاه اه (قوله وهذا عند أبي حنيفة) وقد أخذ الطحاوي في مختصره بقول أبي حنيفة اه غاية (قوله وقالا عليكه من أحياه اه) والشافعي أخذ بقولهما اه غاية (قوله كان اذنا منه) أي لقوم معينين اه غاية (قوله لا نصب شرع) حتى يكون عاما اه غاية قوله حتى يكون عاما أي كقوله عليه الصلاة والسلام من فاه أو رعف صلاته فلينصرف وليتوضأ اه غاية كل ما نقل عن الشارح على وجهين شرح واذن بشرع فالاول قوله صلى الله عليه وسلم من قاء أو رعف وأنه كثير الظهور والثاني قوله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فله سلبه لان السلب ليس للقاتل عندنا ما لم يقل الامام من قتل قتيلا فله سلبه ثم قوله صلى الله عليه وسلم من أحيا أرضا ميتة فهي له عندهما شرع وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى اذن بالشرع اه مشكلات خواهر زاده (قوله في المتن وان حفر) بالتشديد ويجوز فيه التخفيف لان المراد منع الغير من الاحياء وفي المبسوط اشتقاق الكلمة من الحفر وهو المنع لانه اذا أعلم في موضع الموات علامة فكأنه منع الغير من احيائه ذلك الموضع فسمي فعله تحجيرا اه مجتبى (قوله وهو المنع أي لان من الحفر بفتح الجيم لانه ليس بشرط اه مجتبى

(قوله وتقدير الاستيام) أي على سوم غيره فانه يكره ولو فعل يجوز العقد اه (قوله أو ضرب عليها المسناة) والمسناة ما تبنى للسيل لتر
الماء اه غاية (قوله تحقيقا أو تقديرا) التحقيق عند محمد والتقدير عند أبي يوسف اه من خط الشارح (قوله على ما بينا) أي أول
الباب اه (قوله وعلى هذا (٣٦) قالوا الخ) هكذا قال في الكافي اه (قوله في المتن ومن حفر بئرا في موات فله حريم

أربعون ذراعا من كل جانب)
قال الولوالجي والتقدير
بأربعين في ديارهم لان
أراضيهم صلبة أما أراضينا
رخوة فيزاد على الاربعين
حتى احتاج البئر حتى
لا تعطل منفعة بئره لعل
يجيء آخر فيحتاج الماء اليه
لزحمه اه وكتب ما نصه
قال الاتقاني قال الطحاوي
في مختصره ومن حفر بئرا
للعطن في أرض ميتة
فلكها على ما ذكرنا من
الاختلاف في الوجه
الذي يملكها فله حريمها
من كل جانب من جوانبها
أربعون ذراعا الا أن يكون
الحبل يتجاوز أربعين
فيكون له الى ما يتناهى اليه
الحبل وان كان بئر الناضح
حريمها ستون ذراعا من
كل جانب من جوانبها الا
أن يكون الحبل يتجاوز
الستين فيكون له الى
منتهى حبلها الى هنا لفظ
الطحاوي اه وكتب على
قوله فله حريمها ما نصه
حريم البئر نواحيه اه
غاية (قوله ومن حفر بئرا
فله ما حولها أربعون
ذراعا) عطف المشبه اه
غاية قال الاتقاني والعطن
والمعطن مناخ الابل ومبركها اه (قوله كما ذكرنا) من الاختلاف في الوجه الذي يملكها اه (قوله على ما بينا) أي في
الباب اه (قوله وعلى هذا) أي على ما ذكر من التحقيق والتقدير اه (قوله أو ضرب عليها المسناة) والمسناة ما تبنى للسيل لتر
الماء اه غاية (قوله تحقيقا أو تقديرا) التحقيق عند محمد والتقدير عند أبي يوسف اه من خط الشارح (قوله على ما بينا) أي أول
الباب اه (قوله وعلى هذا) (٣٦) قالوا الخ) هكذا قال في الكافي اه (قوله في المتن ومن حفر بئرا في موات فله حريمها

(قوله والذراع هي المكسرة) أي وهي ذراع العامة نوعي ذراع الكرباس أقصر من ذراع المساحة التي هي ذراع الملك لان ذراع المساحة سبع قبضات مع ارتفاع الابهام في كل مرة وذراع الكرباس سبع قبضات بدون ارتفاع الابهام وهذا هو اختيار خواهرزاده وبعضهم اختار ذراع المساحة لانها آلية بالممسوحات هكذا ذكر أصحابنا ذراع المساحة ولكن فيه نظر لان أصحاب المساحة ذكروا في كتبهم أن الذراع هي الهاشمية وهي ثمان قبضات والقبضة أربع أصابع والاصبع ست شعيرات بطون بعضها ملاصقة لظهور بعض والشعيرة ست شعرات من شعر البذون اه غاية (قوله يعاد كرنا) أي من الاربعين في البئر والخمسة في العين اه (قوله فاذا حفر رجل الخ) فاذا انتقاض فاولا حفر آخر بئرا في حريم الاول فلاول أن يكبسها بتربها ويعلي ما أفسد من الارض ولو أراد مؤاخذة الثاني بذلك فله ذلك لكن اختلف المشايخ فيه قيل يأمر الحافر الثاني بكبس بئر حفرها ازالة لتعنته بحفره كما اذا ألقى كناسة في أرض غيره تعديا يؤمر برفعها وقيل يضمنه النقصان كما يكسبه بنفسه تقوم الارض بلا حفر ومع الحفر فيضمنه نقصان ما بينهما كما اذا هدم جدار غيره حيث يضمنه نقصان الهدم ثم بينبه بنفسه ذكره الخصاف في أدب القاضي ولفظ الخصاف في الباب الحادي والعشرين من أدب القاضي وان نادى على رجل أنه حفر في أرضه حفرة أضر ذلك بحفره أراد استحلافه على ذلك فاعطاه النقصان في ذلك ويستحلفه القاضي على الحاصل بالله ماله عليك الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا يحلفه على السبب الى هنا لفظ الخصاف ثم لا ضمان (٣٧) فيما عطب في البئر الاولى سواء أحياها باذن الامام أو بغير اذنه عند هم جميعا وهذا لا يشكل على قولهما لانه لم أن يحفر بدون اذن الامام ولهذا ملك البئر في الحال فاذا كان له ولاية الحفر لا يكون متعديا فلا يضمن ما تولد من حفره كما لو حفر في داره وكذلك لا اشكال في قول أبي حنيفة ان كان حفر باذن الامام أما اذا كان حفر ها بلا اذن الامام ففيه اشكال على قوله وجه أن يقال له ولاية التحجير بغير اذن الامام وان لم يكن له الاحياء بغير اذنه فيصل حفره بغير

والاصح أنه خمسة ذراع من كل جانب والذراع هي المكسرة وهو ست قبضات وكان ذراع الملك سبع قبضات فكسر منه قبضة وفي الكافي قيل ان التقدير في البئر والعين بما ذكرنا لصلابتها وفي أراضينا زاد لرخاوتها ثم انما يتحول الماء الى الثانية فتنتقل الاولى قال رحمه الله (فمن حفر في حريمها منع منه لانه صار ملكا لصاحب البئر ضرورة تمكنه من الانتفاع بها فكان الحافر متعديا بالحفر في ملك غيره فاذا حفر رجل في حريمه كان للاول أن يكبسه لما ذكرنا أنه متعد فيه فكان له أن يمنعه ويزيل تعديه ولو أراد أن يأخذ الثاني بحفره كان له ذلك لانه أتلف ملكه بالحفر ثم اختلفوا فيما يؤاخذ به قيل يكبسه لانه ازالة تعديه كما اذا وضع شيئا في ملك غيره وقيل يضمنه النقصان وليس له أن يكلفه الكبس بل يكبسه بنفسه كما اذا هدم جدار غيره كان لصاحبه أن يؤاخذه بقيمته لابنائه بالجدار وهو الصحيح وما عطب في البئر الاولى فلا ضمان عليه لانه غير متعد في حفرها أما اذا كان باذن الامام فظاهر وكذا اذا كان بغير اذنه عندها وأما عنده فيجعل الحفر تحجيرا وله ذلك بغير اذن الامام وان لم يثبت له الملك الا بانائه وما عطب في الثانية فهو مضمون على الثاني لانه متعد بحفره في ملك غيره ولو حفر الثاني بئرا في منتهى حريم البئر الاولى باذن الامام فذهب ماء البئر الاولى وتحول الى الثانية فلا شيء عليه لانه غير متعد في فعله وانما فعلت الارض غير مملوك لاحد فلا يكون له الخاصمة بسببه كمن بنى حانوتا بجنب حانوت غيره فكسد الاول بسببه والثاني الحريم من الجوانب الثلاثة دون الجانب الاول لسبق ملك الاول فيه قال رحمه الله (والفناء حريم بقدر ما يصلحه) القناة تجري الماء تحت الارض ولم يقدر حريمه بشيء يمكن ضبطه ومن محمد رحمه الله أنه يعتبر له

اذن الامام تحجيرا لاحياء فاذا كان كذلك فقد فعل ماله فعله فلا يكون متعديا فلا يضمن ما تولد منه وما عطب في البئر الثاني يضمنه هو عندهم جميعا لانه متعد في هذا الحفر فانه حفرها في ملك الاول بغير اذنه فصار كما اذا حفر على قارعة الطريق اه اتقاني (قوله كما اذا هدم جدار غيره) قال في الغنية بعد أن رقم لبرهان الدين صاحب المحيط هدم جدار غيره فيقوم جداره مع جدرانها يقوم بدون هذا الجدار فيضمن فضل ما بينهما ثم رقم للاجناس وقال هدم حائط مسجد يؤمر بتسويته واصلاحه وفي حائط الدار يضمن النقصان وعن محمد بن الفضل ان هدم حائط منحدا من خشب أو عشمان من رهص يضمن قيمته وان كان حديثا يؤمر بارجاعه كما كان وفي درر الفقه يؤاخذ في هدم الحائط بالبناء لا بالنقصان هكذا في المحيط وقال يؤاخذ بالقيمة وقيل بالبناء اه قال الامام قاضيخان رحمه الله في كتاب الخطر من فتاواه رجل حفر بئرا في قناة قوم وروى ابن رستم أنه يؤمر بتسويته ولا يضمن النقصان ولو هدم حائط المسجد كذلك أمر بتسويته ولا يضمن النقصان ولو هدم حائط الدار رجل ملكه أو حفر فيها بئرا يضمن النقصان ولا يؤمر بالتسوية ولو بنى الحائط اه وكتب ما نصه اذا هدم جدار غيره لا يجبر على بنائه والحال باختيار ان شاء ضمنه قيمة الحائط ونقض الضمان وان شاء أخذ النقض وضمنه النقصان وقال بعض العلماء ان كان الحائط جديدا فعليه الاعادة وان كان خلقا عتيقا لا يجب عليه الاعادة لانه لو أعاده لكان أفضل من الاول وضمان العدوان مقيد بالمثل اه اسروشني (قوله في المتن والفناء حريم بقدر ما يصلحه) يعني اذا أخرج قناة في أرض موات فهي بمنزلة البئر فلهما من الحريم ما للبئر كذا قال في الاصل وليزد على هذا وقال في الشامل القناة لها حريم مفوض الى رأي الامام لانه لا نص في الشرع وقال المشايخ هذا

البئر فى استحقاق الحريم وقيل هذا عندهما وعند أبى حنيفة رحمه الله لا حريم لها لأنه لا يظهر على وجه الأرض لانها نهر فى الحقيقة وتعتبر بالنهر والعند ظهور الماء بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمها بخمسمائة ذراع وحريم شجر يغرس فى الأرض الموات خمسة أذرع حتى لا يعلف غيره أن يغرس شجرا فى حريمه لانه يحتاج الى الحريم ليجد اذا ثمره والوضع فيه وروى أن رجلا غرس شجرة فى أرض فلاة فجاء آخر فأراد أن يغرس شجرة أخرى بجنبها فاختصما الى النبى صلى الله عليه وسلم فجعل له عليه الصلاة والسلام من الحريم خمسة أذرع وأطلق للآخر فيما وراءها ذلك فالرجعه الله (وما عدل عنه الفرات ولم يحتمل عوده اليه فهو موات) لانه لفيض فى ملك أحد وجاز احياؤه اذا لم يكن حريما لعامر قال رحمه الله (وان احتمل عوده اليه اليه لا يكون مواتا) لتعلق حق العامة به على تقدير رجوع الماء اليه لان الماء حقهم لحاجتهم اليه قال رحمه الله (ولا حريم للنهر) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا له حريم من الجانبين لان استحقاق الحريم للحاجة وصاحب النهر يحتاج اليه كصاحب البئر والعين وهذا لانه يحتاج الى المشى على حافتى النهر ليجرى الماء اذا احتبس بشئ وقع فيه اذ لا يمكنه المشى فى وسط الماء وكذا يحتاج الى موضع يلقى عليه الطين عند الكرى كما فى النقل الى أسفله ونسمع من الحريم ما لا يخفى وله ان استحقاق الحريم فى البئر والعين ثبت نصا بخلاف القياس فلا يلحق بهما ما ليس فى معناهما لان الحاجة فيهما متحققة فى الحال اذ لا انتفاع بهما لا تأتى بدون الحريم وفى النهر موهومة باعتبار الكرى فلعله لا يحتاج اليه أصلا نعم يلحقه بعض الحريم فى نقل الطين والمشى فى وسط النهر الى أسفله لكنه دون الحريم فيهما فلا يمكن الحاقه بهما اذ شرط القياس أن يكون الفرع نظير الأصل الا ترى أن من بنى قصرا فى الصحراء لا يستحق لذلك حريما وان كان يحتاج اليه لالقاء الكناسة فيه لانه يمكن الانتفاع بالقصر بدون الحريم ولا يقاس على البئر لان حاجته اليه دون حاجة صاحب البئر الى الحريم فاذا لم يستحق فان تنازع فى الحريم صاحب الأرض وصاحب النهر وكل منهما يقول حريم النهر ملكى كان ذلك لصاحب الأرض عنده لان الظاهر يشهد له وعنده ما لم كان لصاحب النهر حريم كان الظاهر شاهدا له فكان القول قوله فكانت هذه المسئلة مبنية على استحقاق الحريم وعدمه لانه مبنى على ثبوت اليد فى الحريم وعدم ثبوتها فيه فمن كانت يده ثابتة فيه كان الظاهر شاهدا له وان كانت مسئلة مبتدأة فوجه قولهما ان صاحب النهر مستعمل للحريم لاستمساك مائه به والاستعمال يد فيه فكان القول قوله كما لو تنازعا فى ثوب وأحدهما لابسه كان القول له لانه صاحب يد بالاستعمال ولابى حنيفة رحمه الله ان الحريم أشبه بالأرض صورة ومعنى لاتحاد المقصود فيهما والظاهر شاهد لمن فى يد مماها وأشبه به كما لو تنازعا فى مصراع باب ليس هو فى يد هما والمصراع الا خر مركب على باب ارأحدهما كان القول له فكذا هذا ولو كان صاحب النهر مستعملا به لامساك مائه به كان صاحب الأرض أيضا مستعملا له بدفع الماء عنه عن أرضه فاستويا من هذا الوجه وترجح صاحب الأرض من الوجه الذى ذكرناه فكان الحريم له فيفرض ما دام الماء من الانهار ولكن ليس له أن يهدمه لان صاحب الأرض تعلق فيه معنى حيث يستمسك مأؤه بذلك فلا يكون له ابطاله كما اذا كان حائط لرجل ولا خر عليه جذوع ليس له أن يهدم حائطه لما فيه من ابطال حقه وفى الجامع الصغير نهر لرجل الى جنبه مسناة وأرض لآخر خلف المسناة ليس فى يد أحدهما بان لم يكن لاحدهما عليه غرس ولا طين فهو لصاحب النهر فاذا قضى لصاحب الأرض المسناة واقتطاها صاحب النهر أيضا فهى لصاحب الأرض عند أبى حنيفة رضى الله عنه وقالا لصاحب النهر حريم لملقى طينه وغير ذلك فيتكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف وهو أن يكون الحريم موانا للارض لا تفاصل بينهما وأن لا يكون الحريم مشغولا بحق أحدهما عينا معلوما وان كان فيه أشجار ولا يدرى من غرسها فهو على هذا الاختلاف أيضا وكذا قيل القاء الطين على الخلاف والصحيح انه لصاحب النهر ما لم يفحش ثم اذا كان الحريم لاحدهما أيهما كان لا يمنع الآخر من الانتفاع به بلى وجه لا يبطل حق مالكه كالمرور فيه والقاء الطين عليه ونحو ذلك بذلك جرت العادة

الذى ذكره فى الاصل قولهما وعند أبى حنيفة لا حريم لها اه غاية (قوله لان صاحب النهر) كذا هو فى الكافى وفى خط الشارح لان صاحب الارض فتأمل اه (قوله وقالا) هى اه غاية قوله هى أى المسئلة اه (قوله وغير ذلك) الى هنا لفظ البحر مع اه

﴿ مسائل الشرب ﴾ (قوله والصواب الخ) أقول لكن الشارح سامحه الله تعالى توهم أن الاضافة فى كلام المصنف بمعنى اللام كغلام زيد ونصيب زيد فبادر الى تخطئة المصنف اه دم ملخصا وليس توهم الشارح حينئذ اذ الماء لا نصيب له وهذه غفلة عظيمة من الشارح فان الاضافة فى كلام المصنف ليست بمعنى اللام بل بمعنى من اصله فى تعريفها عليه وهو أن يكون المضاف بعضا من المضاف اليه وصاحب الحلية عليه كشاح حديد وباب ساج فالخاتم بعض الحديد والباب بعض الساج والنصيب بعض الماء ويجوز أن يجر عن بعض وهو الحديد والساج والماء بالمضاف اليه فيقال الخاتم حديد والباب ساج والنصيب ماء فظهر لك أن ما قاله المصنف هو الصواب وما قاله الشارح من الخطإ العجاب والله الموفق اه (قوله فقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون شركاء فى ثلاثة الخ) شركة اباحة لا شركة ملك فمن سبق الى أخذ شئ من ذلك فى وعاء أو غيره فهو أحق به وهو ملكه دون ما سواه يجوز له تمليكه بجميع وجوه التمليك وهو موروث عنه ويجوز فيه وصاياه كما يجوز فى أملاكه اه اتقانى (قوله والمراد بالنار الاستضاءة والاصطلاء بها) قال الاتقانى رحمه الله فعلى هذا الشركة فى النار فيما سوى ما قال شيخ الاسلام خواهرزاده فى شرح كتاب الشرب وهو أن الرجل اذا أوقد نارا فى مفازة فان هذه النار تكون شركة بينه وبين الناس أجمع حتى لو جاء انسان وأراد أن يستضئ بضوء هذه النار أو أراد أن يحيط نور الحصول النار أو يصطلى بها فى زمان البرد أو يقتدس منه سراجا

ولا يغرس فيه الا المالك لانه يبطل حقه وقال الفقيه أبو جعفر آخذ بقوله فى الغرس وبقوله ما فى القناء الطين ثم عند أبى يوسف رحمه الله حريمه قدر نصف بطن النهر من كل جانب وهو اختيار الطحاوى وعند محمد رحمه الله مقدار بطن النهر من كل جانب وهو اختيار الكرخى وذكر فى كشف الغوامض أن الاختلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه رحمهم الله فى نهر كبير لا يحتاج فيه الى الكرى فى كل حين أما النهار الصغار يحتاج فيه الى كريها فى كل وقت فلها حريم بالاتفاق والله أعلم

﴿ مسائل الشرب ﴾ قال رحمه الله (هو نصيب الماء) أى الشرب بالكسر نصيب الماء والصواب نصيب من الماء قال الله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم أى نصيب قال رحمه الله (الانهار العظام كدجلة والفرات غير مملوكة ولكل أن يسقى أرضه وينوضأ به ويشربه وينصب الرحى عليه وبكرى نهرا منها الى أرضه ان لم يضر بالعامة) أما الدليل على كونها غير مملوكة فلان هذه الانهار ليس لاحد فيها يد على الخصوص لان قهر الماء منع قهر غيره فلا يكون محرزا والملك بالاحراز واذا لم يكن مملوكا لاحد كان لكل أحد أن ينتفع به لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون شركاء فى ثلاثة فى الماء والكلا والنار رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه من حديث ابن عباس رضى الله عنهما والمراد بالماء ما ليس بمحرز فاذا أحرز فقد ملك فخرج من أن يكون مباحا كالصيد اذا أحرز فلا يجوز لاحد أن ينتفع به الا باذنه وشرط لجواز الانتفاع به أن لا يضر بالعامة فان كان يضر بالعامة بأن يعيله بالكرى أو نصب الرحى فليس له ذلك لان الانتفاع بالماح لا يجوز الا اذا كان لا يضر بأحد كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء والمراد بالكلا الحشيش الذى ينبت بنفسه من غير أن ينبته أحد ومن غير أن يزرعه ويسقيه ليحلكه من قطعه وأحرزه وان كان فى أرض غيره والمراد بالنار الانتفاع بضوئها والاصطلاء بها والا يفاد من لهبها وليس لصاحبها أن يمنع من ذلك ان كانت فى الصحراء بخلاف ما لو أراد غيره أن يأخذ الجمر لانه ملكه ويتضرر بذلك فكان له منعه كسائر أملاكه الا اذا لم يكن له فيه ضرر قال رحمه الله (وفى الانهار المحاورة والآبار والحياض لكل شربه وسقى دوابه لا أرضه وان خيف تخريب النهر لكثرة البقور يمنع) وانما كان له حق الشرب وسقى الدابة فيه لما روينا ولان الانهار والآبار والحياض لم توضع للاحراز والمباح لا يملك الا بالاحراز فصار كالصيد اذا تكسن فى أرض انسان ولان الحاجة الى الماء تتجدد ساعة فساعة ومن سافر لا يمكنه أن يستصحب ما يكفيه الى أن يرجع الى وطنه فيصاب الى أن يأخذ الماء من الآبار والانهار التى تكون على طريقه لنفسه ودابته وصاحبه لا يتضرر بذلك القدر فاوجب منع من ذلك لحقه حرج عظيم وهو مدفوع شرعا بخلاف ما اذا سقى الارض حيث يمنع صاحب الماء عنه وان لم يكن عليه بذلك ضرر وهو المراد بقوله لا أرضه لان فى اباحة ذلك ابطال حق صاحبه اذ لانهاية لذلك فيذهب بمنفعته فيلحقه به ضرر ولا كذلك شربه وسقى دابته لانه لا يلحقه بمثله ضرر عادة حتى لو تحقق فيه الضرر بكسر ضفته أو غيره كان له المنع وهو المراد بقوله وان خيف تخريب النهر لكثرة البقور يمنع لان الحق لصاحبه على الخصوص وانما أثبتنا حق الشرب لغيره للضرورة فلا معنى لاثباته على وجه يتضرر به صاحبه اذ به تبطل منفعته قال رحمه الله (والمجرى فى الكوز والحب لا ينتفع به الا باذن صاحبه) لانه ملكه بالاحراز

لا يكون لصاحب النار منعه الا أن يكون أوقد النار فى موضع مملوك له فان له أن يمنعه من الانتفاع بملكه لا بالنار فأما اذا أراد أن يأخذ من قبسه سراجه أو شيأ من الجمر فان لصاحب النار أن يمنعه من ذلك لانه ملكه ولو أطلقنا للناس لم يبق له نار يصطلى بها وهو يخبز بها وهذا لا وجه له اه * حكم الكلأ ذكره الشارح فى البيع الفاسد عند قوله والمراعى واجارتها اه (قوله بكسر ضفته) أى ضفة النهر وهى حافته وروى رواها

صاحب المغرب بكسر الصاد وفتحها جميعا وفى الديوان بالكسر جانب النهر وبالفتح جماعة الناس اه غاية (قوله حتى اذا كان فى أرض) مملوكة (تقول ان كان يجد المزيد الكلا فى موضع آخر غير مملوك لاحد قرب من ذلك الموضع يقال له خذ من ذلك وان لم يجد (٣)

اه اتقانى (قوله مباح غير مملوك) قال الاتقانى لان الماء فى البئر والعين ليس بمملوك لاحد لانه لم يوجد منه احراز فبقى مشتركا بين الناس اه (قوله وقال بعضهم يتوضأ الخ) واختلفوا فى التوضؤ بماء الساقية قال بعضهم يجوز وقال بعضهم ان كان الماء كثيرا يجوز والا فلا وكذا كل ما أعد للشرب حتى قالوا فى الحياض التى أعدت للشرب لا يجوز فيه التوضؤ ويمنع منه هو الصحيح ويجوز أن يجعل ماء الساقية الى بيته للشرب كذا فى الفتاوى اه اتقانى (قوله ويغض سفاتها) السفاف الامر الحقير والردى من كل شئ وهو ضد المعالى والمكارم وأصله ما يطير من غبار الدقيق اذا نخل والتراب اذا أثير اه ابن الاثير (قوله والفاصل بين الخاص والعام الخ) قال الاتقانى وجعل محمد الحد الفاصل بين العام والخاص استحقاق الشفعة فقال الخاص من النهر ما لو بيعت أرض على هذا النهر كان لجميع أهل النهر حق الشفعة فيحتاج الى أن يذكر الحد الفاصل بين الشركة العامة والخاصة فى الشفعة واختلف المشايخ فى تحديد ذلك ولكن أحسن ما قيل فيه من الحد بدهو أن الشركة فى النهر ان كانوا مادون المائة فالشركة خاصة تستحق بين

فكذا أخص به كالسيد اذا أحدث لكن فيه شبهة الشركة لظاهر ما روينا فيعم فيما يسقط بالشبهة حتى لو سرقه فى موضع يعز المأخوذ فيه وهو يساوى نصابا لم تقطع يده ولا كذلك قوله تعالى خلق لكم ما فى الارض جميعا حيث لا يورث شبهة لانه لم يجئ بلفظ الشركة فلم يمنع اختصاص البعض بالبعض ألا ترى انه يقال هذا المال لاهل بلد كذا وان كان يختص كل واحد منهم بماله ولا يقال هم شركاء فيه الا اذا كان هو مشتركا بينهم ولا يختص بعضهم به شئ منه ولانه لو أورث مثله شبهة لانسد باب اقامة الحدود كلها حتى حقا لزنا ولو كانت البئر أو الحوض أو النهر فى ملك رجل فله أن يمنع من يريد الدخول فى ملكه اذا كان يجد الماء بقربه فان لم يجد يقال له اما أن تخرج الماء اليه أو تترك بشرط أن لا يكسر ضفته لانه لا حق الشفة فى الماء الذى فى حوضه عند الحاجة قيل هذا اذا احتفر فى أرض مملوكة أما اذا احتفر فى أرض موات فليس له منعه لان الموات كان حقا للكل والاحياء لحق مشترك وهو العشر أو الخراج فلا يقطع الشركة وحكم الكلأ حكم الماء حتى اذا كان فى أرض مملوكة قيل للمالك اما أن تقطع وتدفع اليه والا تترك له أخذ قدر ما يريد منه ولو منعه الماء وهو يخاف على نفسه ودابته العطش كان له أن يقاتله بالسلاح لأثر عمر رضى الله عنه ولانه قصد اتلافه بمنع الشفة وهو حقه لان الماء فى البئر والنهر ونحوهما مباح غير مملوك وان كان الماء محرزا فى الاوانى فليس للذى يخاف الهلاك من العطش أن يقاتله بالسلاح وله أن يقاتله بغير السلاح اذا كان فيه فضل من صاحبه لانه ملكه بالاحراز فصار نظير الطعام حالة المخمصة وفى الكافى قيل فى البئر ونحوها الاولى أن يقاتله بغير سلاح لانه ارتكب معصية فصار ذلك بمنزلة التعزير وهذا يشعر الى أنه يجوز أن يقاتله بسلاح حيث جعل الاولى أن لا يقاتله فيكون موافقا لما ذكرنا والشفة اذا كانت تأتى على الماء كله بان كان حدها صغيرا وفيما روى عليه من المواشى كثرة تقطع الماء حتى لغرمائه قال بعضهم له منع ماله اطلاق ما روينا وقال أكثرهم له أن يمنع لانه يلحقه ضرر بذلك كسق الارض ولهم أن يأخذوا الماء منه الموضوء وغسل الثياب فى الاصح وقال بعضهم يتوضأ فى النهر ويغسل الثياب فيه قلنا فى ذلك حرج بين فيدفع ولو أراد أن يسقى شجرا أو خضرا فى داره وجعل الماء اليه بالجرة كان له ذلك وقال بعض أئمة بلخ ليس ذلك لا باذن صاحب النهر والاول أصح لان الناس يتوسعون فيه ويعدون المنع منه من الدناءة قال عليه الصلاة والسلام ان الله يحب معالى الامور ويبغض سفاسفها وليس له أن يسقى نخيله وأرضه وشجره من نهر غيره وبئره وقناته الا باذنه لما روينا أن يمنع من ذلك لان الماء داخل فى المقاسمة انقطعت شركة الشرب بالكلية اذا لو بقيت لانقطع شرب صاحبه ولانه لو جاز ذلك لخرج الى أرضه فيفضى الى كسر ضفته والى الحفر فى حريم بئره لتسييل الماء الى أرضه وبلحقه بذلك ضرر عظيم فيمنع منه أصلا فصار فى الحاصل المياه ثلاثة أنواع الانهر العظام التى لم تدخل فى ملك أحد والانهار التى هى مملوكة وما صار فى الاوانى فقد ذكرنا حكم كل واحد منها بتوفيق الله تعالى قال رحمه الله (وكرى نهر غير مملوك من بيت المال) لان ذلك لمصلحة العامة ومال بيت المال معد لها فكان مؤنة الكرى منه قال رحمه الله (فان لم يكن فعلى من يجبر الناس على كريه) أى ان لم يكن فى بيت المال شئ أجبر الامام الناس على كريه لان الامام نصب ناظرا وفى تركه ضرر عظيم على الناس وقلما يتفق العوام على المصالح باختيارهم فيجبرهم عليه وفى تذكرة قال عمر رضى الله عنه لو تركتم لبعتم أولادكم الا انه يخرج له من كان بطيقه ويحجم مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بأنفسهم كما فى تجريد الجيوش قال رحمه الله (وكرى ما هو مملوك على أهله وبجبر الآبى على كريه) لان منفعته لهم على الخصوص فتكون مؤنته عليهم لان الغرم بالغنم ومن أبى منهم يجبر لما ذكرنا وقيل ان كان ناحيا لا يجبر والفاصل

بين الخاص والعام أن ما يستحق به الشفعة خاص وما لا يستحق به عام ووجه الفرق بينهما أن في العام دفع لضرر العام وهو ضرر بقية الشركاء ومثل هذا جائز إلزام الضرر الخاص بل واجب اذا تعين لدفع العام بدون الضرر أولى لان الآبى لا يلحقه بذلك ضرر بل يحصل له نفع بمقابلته فامكن اجباره عليه بخلاف ما اذا كان خاصا به ليس فيه دفع ضرر عام وانما فيه دفع ضرر خاص وهو ضرر شركائه فلا يلزمه الضرر الخاص لدفع الضرر الخاص لانهما استووا وتمكن دفع ضرر شركائه بدون ذلك بان يرجعوا عليه بحصته من المؤنة اذا كان ذلك بأمر القاضى بخلاف ما اذا كان عاما لانه لا يمكنه الرجوع عليهم لكثرتهم وربما لا تقبل المؤنة القسمة عليهم ولا يدرى حصة كل واحد منهم ولا يقال فى كرى النهر الخاص احياء حقوق أهل الشفعة فيكون فى تركه ضرر عام لانا نقول لا اجبر لاجل حق أهل الشفعة ألا ترى أن أهل الشرب كلهم لو امتنعوا عن الكرى لا يجبرهم فى ظاهر المذهب لانهم امتنعوا عن عمارة أراضيهم ولو كان حق الشفعة معتبرا لاجبروا لدفع الضرر العام قال رحمه الله (ومؤنة كرى النهر المشترك عليهم من أعلاه على حسب جاور أرض رجل برئ) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا مؤنة الكرى عليهم جميعا من أوّل النهر الى آخره بالحصص لان كل واحد منهم ينتفع بالاسفل كما ينتفع بالاعلى لانه يحتاج الى تسييل الفاضل من الماء فانه اذا سدّ عليه فاض الماء على أرضه وأفسد زرعه فتبين أن كل واحد منهم ينتفع بالنهر من أوّله الى آخره فلهذا يستوون فى استحقاق الشعبة بل اذا استووا فى الغنم وجب أن يستووا فى الغرم ولابى حنيفة رحمه الله ان مؤنة الكرى على من ينتفع بالنهر ويسقى الاراضى منهم فاذا جاور الكرى أرض رجل فليس له فى كرى ما بقى منفعة فلا يلزمه شئ من مؤنته وبانتفاعه فى أسفل من حيث اجراء ما فضل من الماء فيه لا يلزمه شئ من عمارة ذلك الموضع ألا ترى أن من له حق تسييل ماء سطحه على سطح جاره لا يلزمه عمارة ذلك الموضع باعتبار تسييل الماء فيه ولانه يمكن من دفع ضرر الماء عنه بسدّ فوهة النهر من أعلاه اذا استغنى عنه فلا يحتاج الى الكرى من أسفل وزعم بعض أصحابنا أن الكرى اذا انتهى الى فوهة أرضه من النهر فليس عليه شئ من المؤنة والاصح أن عليه مؤنة الكرى الى أن يجاوز حدّ أرضه واليه أشار فى الاصل لان له أن يتخذ الفوهة من أى موضع شاء من أرضه ان شاء من أعلى وان شاء من أسفل فكان منتفعا بالكرى انتفاع سقى الارض مالم يجاوز حدّ أرضه قال رحمه الله (ولا كرى على أهل الشفة) لانهم لا يحصون اذ أهل الدنيا كلهم لهم حق الشفة ومؤنة الكرى لا تجب على قوم لا يحصون ولان المقصود من حفر الانهار ونحوها سقى الاراضى وأهل الشفة أتباع والمؤنة تجب على الاصول دون الاتباع ولهذا لا يستحقون به الشفعة قال رحمه الله (وتصح دعوى الشرب بغير أرض) وهذا استحسان والقياس أن لا تصح لان شرط صحة الدعوى اعلام المدّعى فى الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لا تقبل الاعلام ولانه يطلب من القاضى أن يقضى له بالملك فى المدّعى اذا ثبت دعواه بالبينة والشرب لا يحتمل التمليك بدون أرض فلا يسمع القاضى فيه الدعوى والخصومة كالطرق فى حق المسلمين وجه الاستحسان أن الشرب من غير قيد فيه منتفع به ويمكن أن يملك بغير أرض بالارث والوصية وقد يبيع الارض دون الشرب فيبقى له الشرب وحده فاذا استولى عليه غيره كان له أن يدفع الظلم عن نفسه بإثبات حقه بالبينة واذا كان لرجل أرض ولآخر فيها نهر فأراد بيع الارض أن لا يجرى النهر فى أرضه لم يكن له ذلك ويترك على حاله لان موضع النهر مهما فى يد رب النهر مستعمل له يجرى اسافه فيه فعند الاختلاف القول قوله فى أنه ملكه فان لم يكن فى يده ولم يكن جار بأنهم اقعلته البينة أن هذا النهر له وأنه قد كان له مجراه فى هذا النهر يسوقه الى أرضه ليسقيها فيقضى له لاثباته بالحجة ملك الرقبة اذا كان الدعوى فيه أو حق الاجراء باثبات الجرى من غير دعوى الملك وعلى هذا المصب فى نهر أو على سطح أو الميزاب أو الممشى فى دار غيره فحكم الاختلاف فيه نظير فى الشرب قال رحمه الله (نهر بين قوم اختصموا فى الشرب فهو بينهم على قدر أراضيهم) لان المقصود بالشرب سقى الاراضى والحاجة الى ذلك تختلف بقلة الاراضى وكثرتها والظاهر

(قوله وهذا عند أبى حنيفة) وفى الخانية الفتوى على قوله اه ابن فرشتا (قوله فى المتن ولا كرى على أهل الشفة) أصل الشفة شفهة ولهذا تقول فى تصغيرها شفيهة وفى جمعها شفاه والتصغير والتكثير يردّان الاشياء الى أصلها وحذفت الهاء تخفيفا يقال هم أهل الشفة أى لهم حق الشرب بشفاههم وأن يسقوا بها غيرهم اه اتقانى (قوله والحاجة الى ذلك تختلف الخ) قال فى الاصل واذا كان النهر بين قوم لهم عليه أرضون ولا يعرف كيف أصله بينهم فاختلفوا واختصموا فى الشرب فالشرب بينهم على قدر أراضيهم قال فى الاجناس وحكى عن أبى على الدقاق صاحب كتاب الحيض أنه يكون بينهم على قدر حاجتهم وفائدته انه اذا كان لاحدهم عشرة أجربة وللآخر عشرة الا ان أرضه لا تكتفى للزراعة بقدر الماء يأخذه فعلى ما قاله الماء بينهم نصفان وعلى قول الدقاق له أخذ الماء زيادة اه اتقانى قوله ولا يعرف كيف أصله الخ فأما اذا علم بقسم على ما كان اه اتقانى

أن حق كل واحد منهم من الشرب بقدر أرضه وبقدر حاجته بخلاف الطريق اذا اختلف فيه الشركاء حيث يستوون فى ملك رقبة الطريق ولا يعتبر فى ذلك سعة الدار وضيقها لان المقصود فيه الاستطراق وهو لا يختلف باختلاف الدار ولا يقال قد استووا فى اثبات اليد على النهر فوجب أن يستووا فى الاستحقاق لانا نقول الماء لا يمكن اثبات اليد عليه حقيقة اذ لا يمكن احرازه وانما تثبت بالانتفاع به والظاهر أن الانتفاع يتفاوت بتفاوت الاراضى فيتفاوت الاحراز الذى هو فى ضمن الانتفاع فيكون فى يد كل واحد منهم بحسب ذلك وليس لاحدهم أن يسكر النهر الى الاسفل ولكنه يشرب بحصته لان فى السكر احداث شئ لم يكن فى وسط النهر وفى رقبة النهر مشتركة بينهم فلا يجوز ذلك لبعض الشركاء بدون اذن الشركاء فان تراضوا على أن الاعلى يسكر النهر حتى يشرب بحصته أو اصطلحوا على أن يسكر كل واحد منهم فى نوبته جاز لان المانع حقهم وقد زال بتراضيهم ولكن ان أمكنه أن يسكر بلوح أو باب فليس له أن يسكر بالطين والتراب لئلا يتكسب النهر به وفيه اضرار بالشركاء الا أن يتراضوا على ذلك ولو كان الماء فى النهر بحيث لا يجرى الى أرض كل واحد منهم الا بالسكر فانه يبدأ بأهل الاسفل حتى يروا ثم بعد ذلك لاهل الاعلى أن يسكروا وليس لهم أن يسكروا قبلهم لقول ابن مسعود رضى الله عنه أهل أسفل النهر أمراء على أهل الاعلى حتى يرووا وهذا لو جب بداءة أهل الاسفل قال رحمه الله (وليس لاحد أن يشق منه نهرا أو ينصب عليه رحى أو آلة أو جسرا أو يوسع فم النهر أو يقسم بالايام وقد وقع القسمة بالكوى أو يسوق نصيبه الى أرض له أخرى ليس لها فيه شرب بالارض اهم) لان فى شق النهر ونصب الرحى كسر ضفة النهر المشترك وشغل الملك المشترك بالبناء وفى الكسر تغيير الماء عن سننه الا أن تكون الرحى لا تضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها فى أرض صاحبها فيجوز لان ما يحدث من البناء فى خالص ملكه وبسبب الرحى لا ينقص الماء ومعنى الضرر بالنهر كسر ضفته وبالماء أن يتغير عن سننه أو ينقص ولم يوجد شئ من ذلك فيجوز والمانع من الانتفاع بالماء مع بقائه على حاله منعت فاصد الى الاضرار بغيره لدافع الضرر عن نفسه فلا يلتفت الى تعنته والدالية والسانية بمنزلة الرحى وفى القنطرة والجسر اشغال الموضع المشترك فيمنع منه ولا يكون ذلك له ارضاهم الدالية تجذع طويل يركب تركيب مداق الارز فى رأسه مغرفة كبيرة ليستقى بها وقيل هو الدولاب والسانية البعير يستقى عليه من البئر والجسر اسم لما يوضع ويرفع مما يكون متخذا من الالواح والخشب والقنطرة ما يتخذ من الآجر والحجر يكون موضوعا ولا يرفع واذا كان نهر خاص لرجل يأخذ من نهر خاص بين قوم فأراد أن يقتطر عليه ويسد من جانبيه كان له ذلك لانه يتصرف فى خالص ملكه وان كان مقتطر اسدود امن الجانبين فأراد أن ينقص ذلك لعله أو ليغير علة فان كان ذلك لا يزيد فى أخذ الماء كان له ذلك لانه يرفع ماء هو خالص حقه وملكه وان كان يزيد فى أخذ الماء منع منه لحق الشركاء وانما لا يكون له أن يوسع فم النهر لان فيه كسر ضفته ويزيد على مقدار حقه فى أخذ الماء وهذا ظاهر فيما اذا لم تكن القسمة بالكوى وكذا اذا كانت بالكوى لانه اذا وسع فم النهر يحبس الماء فى ذلك الموضع فيدخل فى كوته أكثر مما كان يدخل قبله وكذا اذا أراد أن يوثر فم النهر فيجعلها فى أربعة أذرع من فم النهر لانه يحبس الماء فيه فيزداد دخول الماء فيه بخلاف ما اذا أراد أن يدخل كواه أو يرفعه من حيث العمق فى مكان حيث يكون له ذلك فى الصحيح لان قسمة الماء فى الاصل وقع باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار النزل والترفع فى العمق هو العادة فلا يؤدى الى تغيير موضع القسمة فلا يمنع وانما لا يكون له أن يقسم بالايام بعد ما وقعت القسمة بالكوى لان القديم يترك على حاله لظهوره والحق فيه ولو كان لكل واحد منهم كوى مسماة فى نهر خاص ليكن لواحد منهم أن يزيد كوة وان كان لا يضر بأهله لان الشركة خاصة بخلاف ما اذا كانت الكوى فى النهر الاعظم لان لكل واحد منهم أن يشق نهرا منه ابتداء فكان الكوى بالطريق الاولى وانما لا يكون له أن يسوق شربه الى أرض له أخرى ليس له فيها شرب لانه اذا فعل ذلك يخشى أن يدعى حق الشرب لهامن هذا النهر مع الاولى

(قوله حيث يستوون فى ملك رقبة الطريق) يعنى يقسم على عدد الرؤس (قوله حيث يكون له ذلك فى العصير) أى لان التسفل تصرف فى خالص ملكه فأما فى توسيع فم النهر يتصرف فى حائط النهر الذى يأخذ منه الماء وانه مشترك بينه وبين أصحابه ويضر بشركائه أيضا لانه بتوسيع فم النهر يأخذ من حقه الماء أكثر من حقه فيصير غاصبا شيأ من ماء أصحابه اه اتقانى (قوله هذا النهر مع الاولى) أى الارض الاولى اه

اذا تقادم العهد ويستدل على ذلك بالمحفور لاجراء الماء فيه اليها وكذا لو أراد أن يسوق شربه في أرضه الاولى حتى تنتهي الى الاخرى لانه يستوفي زيادة على حقه اذا الارض الاولى تتشف بعض الماء قبل أن تسقي الاخرى وهو نظير طريق مشترك أراد أحدهم أن يفتح فيه بابا الى دار أخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي مفتحها في هذا الطريق بخلاف ما اذا كان ساكن الدارين واحدا حيث لا يمنع لان المارة . تزداد ولا يحق المرور و يتصرف في خالص ملكه وهو الجدار بالرفع ولو أراد الاعلى من الشريكين في النهر الخاص وفيه كوى بينهما أن يسد بعضها دفعا لفيض الماء عن أرضه كيلا تنزلق له ذلك لما فيه من الاضرار بالآخر وكذا اذا أراد أن يقسم النهر مناصفة لان القسمة بالكوى تقدمت الا أن يتراضيا لان الحق لهما و بعد التراضي لصاحب السفل أن ينقض ذلك وكذا الورثة من بعده لانه اعارة الشرب لا مبادلة لان مبادلة الشرب بالطعام وكذا اجارة الشرب لا تجوز لما عرف في موضعه فتعينت الاعارة وهذا الان القسمة بالكوى قد تقع وليس لاحدهما أن ينقض تلك القسمة فاذا تراضيا على خلاف ذلك يكون كل واحد منهما معيرا نصيبه لصاحبه فيرجع فيما هو أو ورثته أي وقت شاءوا لان العارية غير لازمة قال رحمه الله (و يورث الشرب و يوصى به لانتفاع بعينه ولا يباع ولا يوهب) والفرق أن الورثة خلفاء الميت فيقومون مقامه في حقوق الميت وأملاكه وجاز أن يقوموا مقامه فيما لا يجوز تمليكه بالمعاوضات والتبرعات كالدين والقصاص والخمر فكذا الشرب والوصية أخت الميراث فكانت مثله بخلاف البيع والهبة والصدقة والوصية بذلك حيث لا يجوز للغرور أو الجهالة أو لعدم الملك فيه للحال أو لانه ليس بمال متقوم حتى لو أتلف شرب انسان بان سقى أرضه من شرب غيره لا يضمن على رواية الاصل وكذا لا يضمن بعقد الوصية ببيعه وهبته والتصدق بمثل بيعه فلا يجوز بخلاف الوصية بالانتفاع به على ما بينا وكذا لا يصلح مسمى في النكاح ولا في الخلع ولا في الصلح عن دم عمد أو عن دعوى لكن هذه العقود صحيحة لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة ولا يملك الشرب لانه لا يملك بسائر الاسباب فكذا بهذا السبب ويجب على الزوج مهر المثل وعلى المرأة رد ما أخذت من المهر وعلى القائل الدية وللمدعي أن يرجع على دعواه لبطلان المسمى ولو مات وعليه دين لا يباع الشرب بدون الارض لما ذكرنا وان لم يكن له أرض قيل يجمع الماء في كل نوبته في حوض فيباع الماء الى أن يقضي دينه من ذلك وقيل ينتظر الامام الى أرض لا شرب لها فيضم هذا الشرب اليها فيبيعهما برضا صاحبها ثم ينتظر الى قيمة الارض بدون الشرب والى قيمتها معه فيصرف تفاوت ما بينهما من الثمن الى قضاء دين الميت والسبيل في معرفة قيمة الشرب اذا أراد قسمة الثمن على قيمتها أن يقوم الشرب على تقدير أن لو كان يجوز بيعه وهو تظير ما قال بعض هم في العقر الواجب بشبهة ينتظر الى مثل هذه المرأة بكم كانت تستأجر على الزنا فذلك القدر هو عقرها في الوطء بشبهة وان لم يجد اشترى على تركه هذا الميت أرضا بغير شرب ثم ضم هذا الشرب اليها وباعهما فيؤدي من الثمن ثمن الارض المشتراة والفاضل للغرماء قال رحمه الله (ولو ملأ أرضه ماء فنزت أرض جاره أو غرقت لم يضمن) لانه سبب وليس بمتعد فيه فلا يضمن لان شرط وجوب الضمان في التسبب أن يكون متعديا الا ترى أن من حفر بئرا في أرضه لا يضمن ما عطب فيها لما قلنا وان حفر في الطريق يضمن وانما فعلنا ما ليس بمتعد لان له أن يملأ أرضه ماء ويسقيها قال وهذا اذا سقى أرضه سقيا معتادا بأن سقاها قدر ما تحتمله عادة وأما اذا سقاها سقيا لا تحتمله أرضه فيضمن وهو تظير ما لو أوقد نارا في داره فاحترق دار جاره فانه ان كان أوقد مثل العادة لا يضمن وان كان بخلاف العادة يضمن وكان الشيخ الامام اسمعيل يقول انما لا يضمن بالسقي المعتاد اذا كان محتفا بما ان سقى أرضه في نوبته مقدار حقه وأما اذا سقاها في غير نوبته أو في نوبته زيادة على حقه فيضمن لوجود التعدي في السبب والله أعلم

(قوله اذا الارض الاولى تتشف بعض الماء) أي تتشربه اه غاية (قوله والوصية ببيعه وهبته) أي لو أوصى بأن يباع شربه من فلان أو يوهب له أو يتصدق عليه به اه

الاصول ولكن قدم الشرب لانه حلال والاشربة فيها حرام كالخمر اه اتقاني (قوله والاشربة جمع شراب) اسم لما يشرب كالطعام اسم لما يطعم أي يؤكل وانما سمي محمد هذا الكتاب كتاب الاشربة لما فيه من بيان أحكامها كما سمي كتاب الحدود لما فيه من بيان أحكام الحدود وكما سمي كتاب البيوع لما فيه من بيان أحكامها اه غاية (قوله وقال بعضهم كل مسكر خمر) وهو مذهب مالك والشافعي اه غاية (قوله لخاصرتها العقل) أي لمخالطتها العقل اه (قوله أو على بيان الحكم) أي وهو الحرمة اه غاية (قوله بل لتضررها) أي لكونها خمرا اه غاية (قوله ولا يشترط فيه القذف بالزبد) وبه قالت الثلاثة اه ع (قوله والكلام فيها في مواضع) أي عشرة اه (قوله أحدها في بيان ماهيتها) والماهية بمعنى الماهية وماهية الشيء هو هو كماهية الانسان وهو حيوان ناطق اه اتقاني (قوله وهو من خواص الخمر) سيجيء في آخر الصفحة الآتية في كلام الشارح في الكلام على الطلاء أنه وقع ملتمس بدعو قليله الى كثيره اه وعلى هذا ففي قوله من خواص الخمر نظر المهم الا أن يقال الطلاء مطبوخ بالخمر في هذا المعنى يرشد الى هذا قول الشارح فيما سيأتي ولنا أنه كالخمر الخ اه

تقزمها

﴿ كتاب الاشربة ﴾

قال رحمه الله (والشراب ما يسكر) يعني في اصطلاح الفقهاء وهو في اللغة اسم لكل ما يشرب من المائعات والاشربة جمع شراب والمراد به ههنا ما حرم شربه وكان مسكرا قال رحمه الله (والمحرم منها أربعة الخمر وهي التي من ماء العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد وحرم قليلها وكثيرها) وقال بعضهم كل مسكر خمر لما روى عن ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام قال كل مسكر خمر وكل مسكر حرام رواه مسلم وأبو داود والترمذي وغيرهم وفي لفظ كل مسكر خمر وكل خمر حرام رواه مسلم ولقوله عليه الصلاة والسلام الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والعنبة رواه مسلم وأبو داود والترمذي وجماعة وعن النعمان بن بشير قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان من الحنطة خمرا وان من الشعير خمرا ومن الزبيب خمرا ومن التمر خمرا ومن العسل خمرا رواه أبو داود والترمذي وجماعة أخر ولانها سميت خمرا لمخامرتها العقل والسكر يوجد بشرب غيرها فكان خمرا ولانا ان الخمر حقيقة اسم لفي من ماء العنب المسكر باتفاق أهل اللغة وغيره يسمى مثلثا أو باذقا الى غير ذلك من أسمائه وتسمية غيرها خمرا مجاز وعليه يحمل الحديث أو على بيان الحكم ان ثبت لانه عليه الصلاة والسلام بعث له لا لبيان المغاني ولا نسلم أنها سميت خمرا لمخامرتها العقل ولئن سلمنا أنها سميت بالخمر لمخامرتها العقل لا يلزم منه أن يسمى غيرها بالخمر لما ساعد ان القياس لاثبات الاسماء اللغوية باطل وانما هو لتعدي الحكم الشرعي على ما عرف في موضعه ألا ترى أن البرج سمي برجا لتربرجه وهو الظهور وكذا النبع سمي نبعا لظهوره ثم لا يسمى كل ظاهر برجا ولا نبعا وكذا يقال للفرس أبلق لاجل لون مخصوص ثم لا يسمى الثوب به وان كان فيه ذلك اللون وماذكره في المختصر من حد الخمر هو قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما اذا اشتد صار خمرا ولا يشترط فيه القذف بالزبد لان اللذة المطربة والقوة المسكرة تحصل به وهو المؤثر في ايقاع العداوة والصد عن الصلاة وأما القذف بالزبد وصف لا تأثير له في احداث صفة السكر وله أن الغليان بداية الشدة وكماله يقذف بالزبد لانه يميز به الصافي عن الكدر وأحكام الشرع المتعلقة بها قطعية كالحد وأكمارها مستفادة ونحو ذلك فنناط بالنهاية بنا وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد وفي وجوب الحد على الشارب بقذف الزبد احتياطا والكلام فيها في مواضع أحدها في بيان ماهيتها والثاني في وقت ثبوت هذا الاسم لها وقد بيناهما والثالث أن عينها حرام غير معلول بالسكر ولا توقف عليه بخلاف غيرها من الاشربة فان حرمتها متوقفة على السكر ومن الناس من يقول غير المسكر منها ليس بحرام كغير من الاشربة لان الفساد لا يحصل به وهذا كفر لانه يخالف الكتاب والسنة والاجماع ولان قليله يدعو الى كثيره وهو من خواص الخمر بان تزداد اللذة باستكثاره بخلاف سائر المشروبات وجاز أن تحرم لاجل فتنتها أيضا بل هو الظاهر لما في التلذذ بها من الاشتغال عن الخيرات والتشبه بالمترفين ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام قال من شرب الخمر في الدنيا ثم لم يتب حرمها في الآخرة رواه البخاري ومسلم وغيرهما وهذا مطلق من غير قيد بالسكر فيتناولها مطلقا والدليل عليه أن التي في الآخرة غير مسكرة والتنعم بها في الدنيا هو الذي يوجب حرمانها في الآخرة كما قال الله تعالى أذهبتم طيباتكم في حياتكم الدنيا وتلذذتم بلبس الحرير فان من لبسه في الدنيا لا يلبسه في الآخرة لاجل التنعم به لا لغير والشافعي رحمه الله يعتبر الحكم أو الاسم الى غيرها وهو بعيد لان النص ورد بتحريمها لذاتها بقوله عليه الصلاة والسلام حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب ولا يجوز التعليل مع النص على عدم التعليل وكذا لا يجوز التعليل لتعدية الاسم على ما بينا والرابع أنها نجسة نجاسة مغلظة كالبول لثبوت حرمتها بدليل مقطوع به والخامس أن مستحلها يكفر لانكاره الدليل القطعي والسادس سقوط

(قوله حتى لا يضمن خامسها ومتلفها) ثم هل يباح اتلاف الخ نقل عن الامام محمد الدين الشرخلي أنه قال والصحيح أنه لا يباح الاتلاف الا لغرض صحيح كما اذا كانت عند فاسق يشربها بالبالوعة كانت عندصحتي لو كانت عند صالح لا يباح الاتلاف فانها املاكه

تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن غاصبها ومتلفها ولا يجوز بيعها لقوله عليه الصلاة والسلام ان الذي حرم شربها حرم بيعها رواه مسلم واحد ولان الله تعالى لما حرمها فقد أهانها والتقوم يشعر بعزتها واختلفوا في سقوط مالیتها وقال صاحب الهداية والاصح أنها مال لان الطباع تميل اليها وتضن بها والسابع حرمة الانتفاع بها لان الانتفاع بالنجس حرام ولان الله تعالى أمرنا باجتنابها وفي الانتفاع بها اقترابها والثامن أن يحدث شربها وان لم يكن منه شيء ألبتة اما من قبل والتاسع أن الطبع لا يؤثر فيها لانه لم تحن من ثبوت الحرمة لارفعها بعد ثبوتها الا أنه لا يحدث فيها ما يكسر منه على ما مر والاصل الحذق في الشيء خاصة لما ذكرنا فلا يتحدى الى المطبوخ والعاشر جواز تخليلها على ما يجيء ممن بعدان شاء الله تعالى قال رحمه الله (والطلاء وهو العصير ان طبخ حتى ذهب أقل من ثلثيه) وهو النوع الثاني من الاشربة المحرمة وقال في المحيط الطلاء اسم للثلث وهو ما طبخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه وصار مسكرا وهو الصواب لما روى أن كبار الصحابة رضي الله عنهم كانوا يشربون من الطلاء ما ذهب ثلثاه وبقي ثلثه على ما يجيء ممن قرب وانما سمي طلاء لقول عمر رضي الله عنه ما أشبه هذا بطلاء البعير وهو القطران الذي يطلى به البعير اذا كان به جرب وهو يشبهه وفي الهداية هو مثل ما ذكر في المختصر وهو الذي طبخ حتى ذهب أقل من ثلثيه وسمي الباذق وأيضا سموه كان الذاهب قليلا وكثيرا بعد أن لم يكن الذاهب ثلثيه والمنصف منه وهو ما ذهب نصفه وبقي النصف وكل ذلك حرام عندنا اذا غلا واشتد وقذف بالزبد واذا اشتد ولم يقذف بالزبد فهو على الاختلاف وقال الاوزاعي انه مباح وهو قول بعض المعتزلة لانه مشروب طيب وليس بخمر ولنا أنه كالخمر لانه رقيق ملذ مطرب يدعو قليلها الى كثيره ولهذا يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق به كالخمر بخلاف المثلث فانه ثخين وليس برقيق فلا يدعو قليلها الى كثيره قال رحمه الله (والسكر وهو النيء من ماء الرطب) وهو النوع الثالث من الاشربة المحرمة مشتق من سكرت الريح اذا سكنت وانما يحرم اذا اشتد وقذف بالزبد وقيل حلال وقال شريك بن عبد الله هو مباح وان قذف بالزبد لقوله تعالى تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا امتن علينا به والامتنان لا يتحقق بالحرام ولنا ما روينا من قبل واجماع الصحابة رضي الله عنهم والآية محمولة على الابتداء حين كانت الاشربة مباحة وقيل أريد بها التوبيخ معناه وانتم تتخذون منه سكرا وتدعونه رزقا حسنا قال رحمه الله (ونقيع الزبيب وهو النيء من ماء الزبيب) وهو النوع الرابع من الاشربة المحرمة اذا اشتد لما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام كان ينقع له الزبيب فيشربه اليوم والغد وبعد الغد الى مساء الثالثة ثم يأمر به فيسقى الخدم رواه مسلم وفي رواية فان بقي شيء أهرقه أو أمر به فأهريق وشرط حرمته أن يقذف بالزبد بعد الغليان ويأتي فيه خلاف الاوزاعي كما في الباذق والوجه قد بيناه فيه ثم حرمة هذه الاشياء دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ولا يجب الحد بشربها حتى يسكر ونجاستها خفيفة في رواية ويجوز بيعها وفي ضمن متلفها عند أبي حنيفة رحمه الله على ما يبنا في الغصب وعن أبي يوسف انه يجوز بيعها اذا كان المذاهب بالطبع أكثر من النصف بخلاف الخمر لان حرمتها قطعية فيكفر مستحلها ويحد شاربها وان لم يسكر ولو قطرة ونجاستها غليظة رواية واحدة ولا يجوز بيعها ولا يضمن متلفها وحرمة غيرها من الاشربة غير قطعية فلا يكون مثلها قال رحمه الله (والكل حرام اذا غلا واشتد وحرمتها دون حرمة الخمر) فلا يكفر مستحلها بخلاف الخمر وقد بينا وجهها وأحكامها فلا حاجة الى اعادته قال رحمه الله (والحلال منها أربعة نبيذ التمر والزبيب ان طبخ أدنى طبخة وان اشتد اذا شرب مالا يسكره بلا لهو ولعب والخليطان ونبيذ العسل والتين والبر والشعير والذرة طبخ أو لا والمثلث العنبي) أما الاول

وانما يحرم اذا اشتد وقذف بالزبد) أي عند أبي حنيفة وعندهما لا يشترط القذف بالزبد كالخمر اه (قوله ورزقا حسنا) كالتمر والخل والتمر والزبيب ونحو ذلك اه غاية (قوله ثم حرمة هذه الاشياء) أي الثلاثة وهي الطلاء والسكر ونقيع الزبيب اه

(قوله حتى لا يضمن خامسها ومتلفها) ثم هل يباح اتلاف الخ نقل عن الامام محمد الدين الشرخلي أنه قال والصحيح أنه لا يباح الاتلاف الا لغرض صحيح كما اذا كانت عند فاسق يشربها بالبالوعة كانت عندصحتي لو كانت عند صالح لا يباح الاتلاف فانها املاكه

لو في بقائها فائدة وهي التخليل اه اتفاقي رحمه الله (قوله والاصح أنها مال) ولكنها ليست بمتقومة لما قلنا اه غاية (قوله وتضن بها) من الضن وهو ما تختصه وتضن به أي تبخل لمكانه منك ومرتفعه عندك ومنه ساعة الجمعة فقلت أخبرني بها ولا تضنن بها علي أي لا تبخل يقال ضننت أضن وضننت أضنن اه ابن الاثير رحمه الله (قوله وهو ما طبخ من ماء العنب) الذي نحط الشارح وهو ما اذا طبخ الخ اه (قوله على ما يجيء من قرب) أي عند الكلام على المثلث العنبي اه (قوله والمنصف الطلاء الخ) قال ابن الاثير رحمه الله الطلاء بالكسر والمد الشراب المطبوخ من عصير العنب وهو الرب وأصله القطران الخاثر الذي يطلى به الابل اه وقال في المغرب والطلاء كل ما يطلى بمن قطران أو نحوه ومنه حديث عمر ما أشبه هذا بطلاء الابل ويقال لكل ماخثر من الاشربة طلاء على التشبيه حتى سمي المثلث اه (قوله فهو على الاختلاف) أي السابق في الخمر بين الامام وصاحبيه اه (قوله وهو النيء من ماء الرطب) انظر الهداية وشرح الاتقاني اه (قوله

(قوله لا تنبذوا الزهو) والزهو الملون من البسر تسمية بالمصدر اه مغرب (قوله مباح) أي على الانفراد اه (قوله في سقاية) السقاية انا يشرب منه اه ابن الأثير وكتب مانصه الذي بخط الشارح أوسقاة اه يراجع لفظ الحديث في ابن ماجه اه (قوله فلا يجمع بين النمرتين وحاره محتاج) قال الاتقاني وفيه دليل على أن الجمع بين النمرتين يجوز خلافا لما يقوله بعض الناس من أصحاب الظواهر انه يكره اذا لم يكن أحدهما تابعا للآخر قالوا

روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن الجمع بين التمر والزبيب

والزبيب والرطب الرطب والبسر قال شيخ الاسلام خواهرزاده في شرحه وهو ظاهر ابراهيم النخعي أنه قال كان ذلك في ابتداء الاسلام حين كان بالمسلمين شدة وضيق في أمر الطعام يعني انما نهى عن الجمع بين النمرتين حتى لا يشبع هو وجاره جائع بل يأكل أحدهما ويؤثر بالاخرى جاره ثم لما وسع الله على عباده النعمة أباح الجمع بين النمرتين والدليل على ذلك قوله تعالى كلوا من الطيبات من غير فصل بين الجمع والافراد اه ما قاله الاتقاني رحمه الله (قوله وله مثله اه) قال أبو حنيفة لو أعطيت الدنيا بحذافيرها لا أتقي بحرمته لان فيه تفسيق بعض الصحابة ولو أعطيت الدنيا بحذافيرها ما شربته لانه لا ضرورة فيه وهذا غاية تقواه رضي الله تعالى عنه اه كاكي (قوله وانه لا يحصل به الفساد من المسكر) أي عن ذكر الله وعن الصلاة كما في الخمر لان الله تعالى يقول يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر الى قوله انما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة الآية فبين العلة في تحريم الخمر وهي الصد عن ذكر الله وعن الصلاة واتباع العداوة وهو

وهو نبيذ التمر والزبيب ان طبخ أدنى طبخة وهو أن يطبخ الى أن ينضج فلما روى عن أبي قتادة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تنبذوا الزهو والرطب جميعا ولا تنبذوا الرطب والزبيب جميعا لكن انبذوا كل واحد منهما على حدته رواه مسلم وأحمد ورواه البخاري وذكر الترمذي الرطب وهذا نص على أن المتخذ من كل واحد منهما مباح وعن أبي سعيد رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن التمر والزبيب أن يخلط بنهيه اياي الانتباذ الحديث الى أن قال من شربه منكم فليشربه زبيبا فردا أو تمرا فردا أو بسرا فردا رواه مسلم والنسائي وقد ورد في النهي عن الخليطين أحاديث كثيرة كلها صحاح وكلها تدل على أن كل واحد منهما على الانفراد يحل وهذا محمول على المطبوخ منه لان غير المطبوخ منه حرام باجماع الصحابة رضي الله عنهم على ما بينا وكذا ما روى عن أنس رضي الله عنه أن الخمر حرمت والتمر يومئذ البسر والتمر رواه البخاري ومسلم وأحمد فالمراد به غير المطبوخ لان حكم الخمر فلهذا أطلق عليه اسم الخمر وقد ورد في حرمة المتخذ من التمر أحاديث كلها صحاح فانا حمل المحرم على المحلل على المطبوخ ففد حصل التوفيق بين الادلة والدفع التعارض وأما الثاني وهو الخليطان فما روى عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت كانت تنبذ لرسول الله صلى الله عليه وسلم في سقاء فاأخذ قبضة من تمر وقبضة من زبيب فنطرحهما فيه ثم نصب عليه الماء فتنبذ غدوة فيشربه عشية وتنبذ عشية فيشربه غدوة رواه أبو داود وابن ماجه وروى عن ابن زيد رضي الله عنه قال سقاني ابن عمر شربة ما كدت أهتدي الى أهلي فغدوت اليه من الغد فأخبرته بذلك فقال مازدناك الا على عمرة وزبيب وهو محمول على المطبوخ لان المروي عنه حرمة نقيع الزبيب الى منه وما روي من النهي عن الخليط فيما روينا محمول على حالة القحط والعوز لئلا يجمع بين النمرتين وجاره محتاج بل يؤثر باحداهما جاره والا باحدة كانت في حالة السعة والحل مأثور عن ابراهيم النخعي رضي الله عنه وأما الثالث وهو نبيذ العسل والتين والبر والشعير فلقوله عليه الصلاة والسلام الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والعنبة رواه مسلم وأحمد وغيرهما خص التمر بهما والمراد بيان الحكم أي حكمها واحد لا أن كلا منهما يسمى خمرا حقيقة ولا يشترط فيه الطبخ لان قليله لا يفضي الى كثيره كيفما كان وأما الرابع وهو المثلث وهو ما طبخ من ماء العنب حتى يذهب ثلثاه ويبقى الثلث فلما روى عن أبي موسى انه كان يشرب من الطلاء ما ذهب ثلثاه وبقي الثلث رواه النسائي وله مثله عن عمر وأبي الدرداء وقال البخاري رأى عمر وأبي عبيدة ومعاذ شرب الطلاء على الثلث وشرب البراء وأبو جحيفة على النصف وقال أبو داود سألت أحمد عن شرب الطلاء اذا ذهب ثلثاه وبقي ثلثه فقال لا بأس به قلت انهم يقولون انه يسكر فقال لا يسكر لو كان يسكر لم أحله عمر ولانه لا يحصل به الفساد من الصد والقاء العداوة والشرب القليل منه بخلاف الخمر فانها حرمت لعينها فلا يشترط فيها السكر ولان قليله يهيج عواني كثيره على ما بينا ولا كذلك المثلث لانه لغلظه لا يدعو الى الكثير وهو في نفسه غذاء فيبقى على أصل الاباحة وهذا كله قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد ومالك والشافعي رحمهم الله كل ما أسكر كثيره فقليله حرام من أي نوع كان لقوله صلى الله عليه وسلم كل مسكر خمر وكل مسكر حرام رواه مسلم من رواية ابن عمر رضي الله عنهما وعن عائشة رضي الله عنها قالت سئل النبي صلى الله عليه وسلم عن البتع

ARCHIVE http://Archivebeta.Sakhrit.com

(البنج) بكسر الباء شراب مسكر يتخذ من العسل اه مغرب (قوله فيحصل عليه) ولهذا قال أبو يوسف لو شرب تسعة أقداح فسكر ولم يسكر في العاشر وتكرر لا حد عليه ولو أوجر التسعة وشرب العاشر باختياره وسكر حد كذا في المحيط اه كاكي (قوله فإذا قصده بالتقوي) على طاعة الله أو استمراء الطعام أو التداوي فأما السكر منه حرام بالإجماع اه اتقاني (قوله وعنه أنه يوقف) أي لتعارض الآثار اه وكتب ما نصه قال في الهداية قال في الجامع الصغير وهو الخمر والسكر من الأشربة المحرمة وهي الخمر من خمسة أشياء من العصير النيء إذا اشتد وقذف بالزبد ومن البسر النيء إذا اشتد وقذف بالزبد ومن التمر النيء إذا اشتد وقذف بالزبد ومن الحنطة والشعير والذرة إذا اشتد وقذف بالزبد ومن العسل النيء إذا اشتد وقذف بالزبد وهو المسمى بالبتع وهو الذي يطبخ أدنى طبخة ويشرب نيئا فقال كل شراب أسكر فهو حرام رواه البخاري ومسلم وأحمد وعن أبي موسى قال قلت يا رسول الله أفتنا في شرابين كنا نصنعهما باليمن البتع وهو من العسل فبذ حتى يشتد والمزر وهو من الذرة والشعير فبذ حتى يشتد قال وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أعطي جوامع الكلم فنهى أو نبه فقال كل مسكر حرام رواه البخاري ومسلم وأحمد وعن ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام قال ما أسكر كثيره فقليله حرام رواه أحمد وابن ماجه والدارقطني وصححه وفيه من الاخبار ما لا يحصى ولهما ما روينا من اطلاق الاتباذ على الانفراد والخليط ولان المسكر هو القدح الأخير حقيقة فيحمل عليه اذا الحكم يضاف الى الوصف الاخير من علة ذات أوجه فتقتصر الحرمة عليه وتطهر الاسراف في الاكل فان الزائد على الشبع هو الحرام لا غير وهذا الاختلاف فيما اذا قصده التقوي دون التلهي وان قصده التلهي فهو حرام بالاجماع وعن محمد أنه قال مثل قولهما وعنه أنه كرهه وعنه أنه توقف فيه فاذا كان مما عادته هذا فلا يحد شاربه وان سكر منه ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة النائم وذاهب العقل بالبنج ولبن الرماك وعند محمد رحمه الله يحد اذا سكر منه ويقع طلاقه اذا طلق امرأته وهو سكران منه كما في سائر الاشربة المحرمة وكان أبو يوسف رحمه الله أولا يقول ما كان من الأشربة بعد ما بلغ عشرة أيام يفسد فاني أكرهه وكان قوله في الأول مثل قول محمد رحمه الله الا أنه تفرد بهذا الشرط ومعنى قوله لا يفسد لا يصحص لان بقاءه في هذه المدة من غير أن يفسد ليس لقوته وشدته فكان آية حرمته ومثله مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما ثم رجع الى قول أبي حنيفة رحمه الله فاعتبر حقيقة الشدة كما يعتبرها أبو حنيفة على الحد الذي ذكرنا فيما يصير شربه أصلا لكفر والثلاثة المحرمة وفيما يحرم الكرمة والمتوى في زماننا يقول محمد رحمه الله حتى يحد من سكر من الأشربة المتخذة من الحبوب والعسل واللبن والتين لان الفساق يجتمعون على هذه الأشربة في زماننا ويفسدون الكروم فالمفهوم من كلام أبي حنيفة المتخذ من لبن الرماك لا يحصل اعتبارا بلحمه اذ هو متولد منه والاصح أنه يحصل عنده على ما ذكر صاحب الهداية لان كراهة لحمه لاحترامه أولا يؤدي الى قطع مادة الجهاد فلا يتعدى الى لبنه والمثلث اذا صب عليه الماء وطبخ فحكمه حكم المثلث لان صب الماء فيه لا يزيده الا ضعفا بخلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم طبخ حتى ذهب ثلثا الكل لان الماء ذهب أولا لطافته أو يذهب منهما ولا يدري أيهما ذهب أكثر فيحتمل أن يكون الذاهب من العصير أقل من ثلثيه ولو طبخ العنب قبل العصر اكتفى بأدنى طبخة في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وفي رواية لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ لان العصير موجود فيه من غير تفريط فصار كالو طبخ بعد العصر ولو جمع بين العنب والتمر أو بينه وبين الزبيب فطبخ لا يحل حتى يذهب ثلثاه لان التمر أو الزبيب ان كان يكتفي فيه بأدنى طبخه فعصير العنب لا بد أن يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا للحرمة وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر فانه لو طبخ نقيع التمر أو نقيع الزبيب أدنى طبخة ثم نقع فيه تمر أو زبيب ان كان ما نقع فيه شيأ يسيرا لا يتخذ النبيذ من مثله فلا بأس به وان كان يتخذ النبيذ من مثله لا يحل كذا أصب في المطبوخ قدح من نقيع والمعنى تغليب جهة

عنده) وفي فتاوى قاضيخان وعامة المشايخ قالوا هو مكروه كراهة التحريم الا أنه لا يحد شاربه اه (قوله وفي رواية لا يحل) في الهداية وهو الاصح اه قال في الشامل فأما العنب اذا طبخ ففي أصح الروايات لا يحل لانه عصير لم يذهب ثلثاه وفي رواية يحل بأدنى طبخة كطبخ الزبيب اه اتقاني رحمه الله ﴿فرع﴾ قال أرأيت الرجل يخلط الخمر بعينها مع النبيذ ثم يشرب منه جميعا ولا يسكر أيجب الحد

(١) هنا بياض بالأصل اه

عليه فالجواب فيه كالجواب فيما خلط بالماء ان كان احمر غالبا وجب الحدّوان كان النبيذ غالبا لايجب مالم يسكر اه اتقاني رحمه الله (قوله وكان الانتباذ الخ) قالوا وانما نهى عن هذه الاوعية على الخصوص لان الانبذة تشتد في هذه الظروف أكثر مما تشتد في غيرها اه غاية (قوله ونهى عن الدباء اه) قال الاتقاني والدباء القرع جمع دباءة اه وكان الاولى أن يقول الشارح وهو القرع اه (قوله ماروى عن أنس الخ) في طريقه السدى اه (قوله والمنهي عنه ما روى الخ) قال الاتقاني والجواب عن حديث أبي طلحة فنقول انما أمره النبي صلى الله عليه وسلم بالاراقة قلما رأى فعالهم من أن يحوموا حول الخمور ويعتادوا على ذلك لانه كان في ابتداء تحريم الخمر لم يأمن النبي صلى الله عليه وسلم من أن يشربوها اذا لم يريقوها فأمر بالاراقة حسما لمادة الفساد كما نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الانتباذ في الاوعية لهذا حصل لهم الفطام عن المسكرات ورخص لهم في جميع الاوعية اه

الحرمة ولاحد في شربه لان التحريم للاحتياط والاحتياط في الحد في درئه ولو طبخ الخمر أو غيره بعد الاشتداد حتى ذهب ثلثاه لم يحل لان الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ قال رحمه الله (وحل الانتباذ في الدباء والحنتم والمزفت والنقير) لما روى عن بريدة أنه عليه الصلاة والسلام قال كنت نهيتكم عن الاشربة في ظروف الادم فاشربوا في كل وعاء غير أن لا تشربوا مسكرا رواه مسلم وأحمد وغيرهما وفي رواية نهيتكم عن الظروف وان ظرفا لا يحل شيأ ولا يحرمه وكل مسكر حرام رواه مسلم وأبو داود وجماعة آخر وكان الانتباذ في هذه الاوعية حراما قال ابن عمر نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الحنتمة وهي الجرة ونهى عن الدباء وهي القرعة ونهى عن النقير وهي أصل النخل ينقر نقرا أو ينسج نسجا ونهى عن المزفت وهي القير الحديث تم نسخ بما روينا وقال أبو هريرة رضي الله عنه سألت الخمر الخضر فسر النبي صلى الله عليه وسلم النقير بالجذع ينقر وسطه وقيل الحنتم الجرار الحمر ثم ان انتباذ في هذه الاوعية قبل استعمالها في الخمر فلا اشكال في حله وطهارته وان استعمل فيها الخمر ثم انتبذ فيها بنظر فان كان الوعاء عتيقا يطهر بغسله ثلاثا وان كان جديدا لا يطهر عند محمد رحمه الله لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق وعند أبي يوسف رحمه الله يغسل ثلاثا ويجفف في كل مرة وهي من مسائل غسل مالا ينعصر بالعصر وقيل عند أبي يوسف رحمه الله علاً ما مصورة بعد أخرى حتى اذا خرج الماء صافيا غير متغير لونا أو طعما أو رائحة حكم بطهارته قال رحمه الله (وخل الخمر ما خللت أو تخللت) أي حل خل الخمر ولا فرق في ذلك بين أن تكون تخللت هي أو خللت وقال الشافعي رحمه الله ان خللها بالقاء شيء فيها كالملح والخل لا يحل ذلك الخل قولا واحدا وان كان بغير القاء شيء فيها بأن كان بالنقل من الظل الى الشمس أو بالتداوا بالقرب منها فلا يحل ذلك الفعل وان صار بذلك خلا فله فيه قولان له ماروى عن أنس أنه صلى الله عليه وسلم سئل عن الخمر تتخذ خلا فقال لا رواه مسلم وأحمد وأبو داود والترمذي وصححه وعن أنس رضي الله عنه أن أبا طلحة سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن أيتام ورثوا خمرا قال أهرقوها قال أفلا نجعلها خلا قال لا رواه أحمد وأبو داود ولأنا أمرنا باجتناب الخمر وفي التخليل اقتراب منها على وجه التوصل فلا يجوز لانه يضاد النهي ولان ما يليق في الخمر يتنجس بأول الملاقاة وما يكون نجسا لا يفيد الطهارة بخلاف ما اذا تخللت بنفسها لانه لم يوجد فيه تنجس شيء بالملاقاة أول الاقتراب حرام وهو نظير قتل المورث فانه يحرم الارث لمباشرة الحرام وان مات بنفسه ورثه ولذا صيد الحرم لا يحل لما ذا أخرجه بل يجب عليه رده اليه وان خرج بنفسه حل ولنا قوله عليه الصلاة والسلام نعم الادام الخل مطلقا متناول جميع صورها ولان ما بالتخليل ازالة الوصف المفسد واثبات صفة الصلاح فيه من حيث تسكين الصفر أو كسر الشهوة والتغذي به والاصلاح مباح كالدباغ وكذا الصالح لمصالح مباح والاقتراب لاعدام الفساد فأشبه الاراقة والتخليل أولى لما فيه من احراز مال يصير حلالا في المآل فيختار من ابتلي به والمنهي عنه ما روى أن يستمر الخمر استعمال الخل بأن ينتفع بها انتفاعه كالائتدام وغيره وهو نظير ما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن تحليل الحرام وتحريم الحلال وأن يغفد الدواب كراسي والمراد الاستعمال وفي التنزيل اتخذوا أحبارهم ورهبانهم أربابا من دون الله قال عدي بن حاتم ما عبدناهم قط قال عليه الصلاة والسلام أليس كانوا يأمرون وينهون ونظيره نهم قال نعم قال هو ذلك فقد فسر الاتخاذ بالاستعمال أو نقول ليس فيما روى دلالة على أن الخمر لا تطهر بالتخليل ولا له تعرض لذلك أصلا وانما يوجب حرمة الفعل وهو التخليل لا غير وذلك لا يمنع حصول الطهارة اذا وجد ألا ترى أن الخمر نجس عين التوصل بعمله مملوكا للغير بدون رضاه وعن الاستصباح بأشياء كثيرة ثم اذا فعل ذلك تحصل به الطهارة وكذا الصلاة في الارض المغصوبة والبيع منهي عنه ثم اذا فعل ذلك يفيد حكمه مع حرمته وتنجس الشيء الملقى فيها لمجاورة فاذا صارت هي خلا طهرت بالاستحالة ولم يبق مجاورا للنجاسة ألا ترى أن ظرفها اما هو لان تنجسه بنجاستها فاذا طهرها بالتخليل جميع أجزائها لم يوجد المنجس وليس فيه تصرف في الخمر على قصد التمول بل هو اتلاف لصفة الخمرية ولا كذلك

(قوله وهو الذي انتقص من الخمر) قال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرحه وقد سمعت عن الحاكم أبي نصر محمد بن مهروية أنه كان يقول انما يوازي الاناء من الخل لانك لا تعلم أنه بطهر لان ما يوازي الخل من الاناء فيه أجزاء الخل وانه طاهر وأما أعلى الحب الذي انتقص من الخمر قبل صيرورته خلا فانه يكون نجسا لان ما يلي أجزاء الحب من الخمر لم يصر خلا بل يبقى فيه كذلك خمرا فيكون نجسا فيجب أن يغسل أعلاه بالخل حتى يطهر الكل لان غسل النجاسة الحقيقية جاسوى الخمر من المائعات التي تزيل النجاسة جائز عندنا فاذا غسل أعلى الحب بالخل صار ما دخل فيه من أجزاء الخمر خلا من ساعته فيطهر الحب بهذا الطريق فأما اذا لم يغسل هكذا حتى ملئ من العصير بعد ذلك فانه ينجس العصير ولا يعمل شيء له لانه عصير انطبخ خمرا الآن بصير خلا كذا قال خواهر زاده اه اتقاني (قوله في المتن وكره شرب دردي الخمر والامتشاط به) الامتشاط به يصنعه بعض النساء لانه يزيد في بريق الشعر وكانت عائشة رضي الله عنها تنهى النساء عن ذلك أشد النهي اه رازي وقال الاتقاني والمناخص الامتشاط به لان له تأثيرا في تحسين الشعر ودردي الزيت وغيره نفله وهو ما يبقى في أسفله اه وكتب مانصه قال أبو حنيفة أكره دردي الخمر أن تمتشط به المرأة اه صلاة جلابي (٤٩) (قوله ولا أن يسقي ذميا) قال في الاصل أفتكره للمسلم أن يسقي الذمي خمرا أو مسكرا قال نعم لان هذا تصرف من المسلم في الخمر لا على سبيل التطهير فلا يحل لانها اعانة على المعصية قال تعالى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان وقال في الاصل أيضا أفتكره أن يسقي الدواب الخمر قال نعم لانه انتفاع بالخمر وهو حرام وقال الفقيه أبو جعفر انما يكره اذا حمل الخمر الى الدواب فاذا حمل الدواب الى الخمر فلا بأس به قياسا على الميتة تحمل الى الكلاب بكره واذا دعيت الكلاب اليها فلا بأس بذلك اه غاية (قوله وكذا لا يسقيها الدواب) كان أبو الحسن الكرخي يحكي عن أصحابنا أنه لا يحل

اخراج صيد الحرم وقتل الموذي خافة ثم اذا صارت الخمر خلا بطهر بما وازر يها من الاناء فأما أعلاه وهو الذي انتقص منه الخمر فقد قيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر لانه تنجس باصابة الخمر وهو جسد يوجب طهارته فبقي نجسا على ما كان ولو غسل بالخل تفضل من ساعته طهر للاستحالة وكذا اذا صب منه الخمر ثم ملئ خلا يطهر في الحال لما قلنا قال رحمه الله (وكره شرب دردي الخمر والامتشاط به) لان فيه أجزاء الخمر فكان حراما نجسا والانتفاع بمثله حرام ولهذا لا يجوز أن يداوى بها ولا أن يسقي بها ولا أن يسقي ذميا ولا صيدا ولو أن لمن سقاه كذا لا يسقيها الدواب وقيل لا تحمل الخمر اليها أتاها ذا فيدت الى الخمر فلا بأس به كما في الكلب والميتة ولو ألقى الدردي في الخل فلا بأس به لانه يصير خلا لكن يباح حمل الخل اليه دون عكسه قال رحمه الله (ولا يحتشر به) أي شارب الدردي (الا اذا سكر) وقال الشافعي رحمه الله يحد شاربه لان الحد يجب بشرب قطرة من الخمر وفي الدردي قطرات منها ولنا أن وجوب الحد للزجر بوالزجر يشرع فيما تميل الطباع اليه ولا تميل الطباع الى شرب الدردي بل تعافه وتنفر منه فكان ناقصا فأشبه غير الخمر من الاشربة ولا حد فيها الا بالسكر بخلاف الخمر لان النفس تميل اليها وقليلها يدعو الى كثيرها ولا كذلك الدردي ولان الغالب عليه الثفل فأشبه غالب الماء ولو حملت الخمر في مرقة فطبخت لا تؤكل للتنجس والطبخ لا يؤثر في الخمر ولو أكل منه لا يحد الا اذا سكر لغلبة غيرها عليها أو لكونها مطبوخة وكذا اذا عجن الدقيق بها ويكره الاستقان بالخمر وادهانها في الاصح لانها تنتفع بالنجس المحرم ولا يجب الحد لعدم الشرب وهو السبب وذكر في النهاية أن الاستشفاء بالحرام جائز اذا علم أن فيه شفاء وليس لهذا دواء آخر غيره وعزاه الى الذخيرة (فصل في طبخ العصير) الاصل فيه أن مذهب نفيناه بالنار وقذفه بالزبد لا يعتد به حتى يعتبر ذهاب ثلثي ما بقي فصل الثلث الباقي بعده ولو صب فيه الماء قبل الطبخ ثم طبخ حتى ذهب الماء أسرع ذهابا باللطافة ورقته يعتبر ذهاب ثلثي العصير بعد ذهاب الماء الذي صب فيه كله وبعد ذهاب الزبد فصل الثلث الباقي من العصير الا ان الذاهب الاول هو الماء والزبد والباقي هو العصير فلا يدمن ذهاب ثلثيه وان كان ذهاب ماء العصير حتى يذهب ثلثا المجموع بعد ذهاب الزبد فصل الثلث الباقي بذهاب الثلثين

(٧ — زيلعي سادس) الا نسان النظر الى الخمر على وجه التلهي ولا أن يبل بها الطين ولا أن يسقيها الصبيان وكذلك الميتة لا يجوز أن ينظعها كلابه لان في ذلك انتفاعا والله تعالى حرم ذلك تحريما مطلقا اعظاما لأعيانها وسئل عن الفرق بين الزيت حيث عفوت فيه الفأرة وبين الخمر في جواز الانتفاع بالزيت في غير جهة الاكل وامتناع الانتفاع بالخمر من سائر الوجوه فكان يحتج في الفرق بينهما بأن الخمر محرمة العين وان الزيت غير محرم العين وانما تنجس لاكله فجاورته الميتة اه شامل شرح الزيدوي (قوله لكن يباح حمل الخل اليه دون عكسه) قال شيخ الاسلام خواهر زاده قالوا ويجب أن تحمل الخل الى الخمر ولا تحمل الخمر الى الخل كما لا يصر حاملا للنجاسة من غير حاجة وتعليره هذا ما قالوا في الميتة أن تدعو الكلاب اليها لا تحمل الميتة الى الكلاب وكذلك قالوا فيمن له أب نصراني أعمى وهو مسلم لا بأس بأن يقوده من البيعة الى المنزل ولا يجوز للابن أن يقوده من المنزل الى البيعة لان ذلك اعانة على المعصية فكذلك هذا اه اتقاني (قوله وقال الشافعي يحد شاربه) وبه قال مالك وأحمد اه ع (قوله وذكر في النهاية أن الاستشفاء بالحرام جائز الخ) تقدم في الكراهية ما يخالفه اه (قوله فصل في طبخ العصير) ينظر في المحيط اه

(قوله وبقاء الثلث ماموعصيرا) لان الباقي ثلثا ماموثلثه عصير وقدرنا العصيرالى الثلث هل اه (قوله قبل الانصباب) وهو ثمانية أرطال اه (قوله وهو قدر ثلث الجميع) أى أربعة أرطال اه (قوله فاذا أهريق بعضه) أى بعض الباقى وهو بعد رطلان اه (قوله أهريق من الحلال بعد انصبابه) أى وهو بعد (٥٠) واحد اه (قوله حتى يبقى قدر ما فيه من الحلال) أى وهو ثلاثة أرطال اه

تم الاصطياد لا بقع الا بآلة والآلة تنقسم على قسمين حيوان وجماد فالجماد مثل السيف والرمح والشبكة والعراض والنشاب وما أشبه ذلك والحيوان مثل البازى والصقر والفهد والكلب ونحو ذلك اه غاية (قوله ما كولا كان أو غير ما كول) والاصطياد مباح فيما يحل أكله وما لا يحل فما حل أكله فصيده حلال وما لا يحل أكله فصيده حرام آخر اما الانتفاع بجلده أو شعره أو فرثه أو ذبحه اه غاية (قوله ليتمكن المكلف من اقامة التكاليف) أى من اقامة ما أوجبه الله تعالى عليه اه (قوله وعن أبى يوسف أنه استثنى الخ) قال الكرخى فى آخر كتاب الصيد من مختصره قال هشام سألت محمدا عن صيد ابن العرس فأخبرنى أن أبا حنيفة قال اذا علم فتعلم فكل ما صاد قال محمد ما كان له مخلب أو ناب فصيده يؤكل يعنى اذا علم قال هشام سألت محمدا عن الذئب اذا علم فصاد فقال هذا أرى أنه لا يكون فان كان خلاف بأس به الى هنا لفظ الكرخى قال القدورى فى شرحه فاو فى الاسد والذئب انه لا يجوز الصيد بهما فى وليس ذلك بنعى يعود الى عينهما انما هو لفقد التعليم لانهم قالوا ان من عادتهما أن يمسكا صيدهما ولا يأكلا فى الحال وانما يستدل على التعليم بترك الاكل فان تصور التعليم فيهما جاز اه أتقانى

بقاء الثلث ماء وعصيرا ولو طبخ العصير فذهب أقل من الثلثين ثم أهريق بعضه لا يحل الباقى حتى يذهب ثلثاه بالطبخ وطرق معرفته أن تأخذ ثلث الجميع فتضربه فى الباقى وهو بعد الانصاب ثم تقسم الخارج من الضرب على ما بقى بعد ذهاب ما ذهب بالطبخ قبل أن ينصب منه شئ فما أصاب الواحد بالقسمة فذلك القدر هو الحلال فيطبخ الباقى الى أن يبقى قدره فيحل مثاله اثنا عشر رطلا من العصير طبخ حتى ذهب أربعة أرطال ثم أهريق رطلان يأخذ ثلث العصير كله وهو أربعة فيضربه فيما يبقى بعد الانصاب وهو ستة فيصير أربعة وعشرين فيقسمه على ما بقى بعد ذهاب ما ذهب منه بالطبخ قبل أن يهراق منه وذلك ثمانية فيصيب كل واحد منها ثلاثة فيكون ذلك القدر هو الحلال فيطبخ الباقى الى أن يبقى قدره فيحل وان شئت قسمت ما ذهب بالطبخ على المنصب وعلى ما بقى بعد الانصاب فما أصاب المنصب يجعل مع المنصب كأنه لم يكن فكأن جميع العصير هو الباقى وما أصاب من الذاهب بالطبخ وقد ذهب منه ذلك القدر فيطبخ حتى يذهب الى تمام الثلثين وان شئت قلت ان الباقى بعد الطبخ قبل الانصباب بعضه حلال وهو قدر ثلث الجميع فاذا أهريق بعضه أهريق من الحلال بحسابه فيطبخ الباقى حتى يبقى قدر ما فيه من الحلال والله أعلم

كتاب الصيد

قال رحمه الله (هو الاصطياد) أى الصيد هو الاصطياد فى اللغة يقال صاد يصيد صيدا وسمى به المصيد تسمية للمفعول بالمصدر فصار اسما لكل حيوان متوحش ممتنع عن الآدمى ما كولا كان أو غير ما كول والاصطياد مباح فى غير الحرم لغير المحرم وكذا الصيدان كانا مأكولا لقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا ولقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما ولقوله عليه الصلاة والسلام الصيد لمن أخذه ولقوله عليه الصلاة والسلام لعدى بن حاتم اذا أرسلت كلبك فاذكر اسم الله تعالى فان أمسك عليك فأدركته حيا فاذبحه وان أدركته قد قتل ولم يأكل منه فكله فان أخذ الكلب ذكاة رواه البخارى ومسلم وأحمد ولانه نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك فكان مباحا كالاحتطاب ليتمكن المكلف من اقامة التكاليف قال رحمه الله (ويحل بالكلب المعلم والفهد والبازى وسائر الجوارح المعلمة) أى يحل الاصطياد بهذه الاشياء وغيرها من الجوارح كالشاهين والباشق والعقاب والصقر وفى الجامع الصغير وكل شئ علمته من ذى ناب من السباع وذى مخلب من الطير فلا بأس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا أن تدرك ذكاته فتذكيه والاصل فيه قوله تعالى أحل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مكلبين أى صيد ما علمتم من الجوارح وهو معطوف على الطيبات والجوارح الكواسب والجرح الكسب قال الله تعالى ويعلم ما جرحتم بالنهار أى كسبتم وقيل هى أن تكون جارحة بنابها ومخلبها حقيقة ويمكن حمل الآية على المعنيين فتشترط الجراحة حقيقة على ما هو ظاهر الرواية لان فى اشتراط الجرح من الكواسب عملا بالمتيقن به والمكلب المعلم من الكلاب ومؤنثها نم عم فى كل ما أدب جارحة بهيمة كانت أو طائرا ومعنى قوله مكلبين معلمين الاصطياد تعلمونهن تؤدبونهن فيتناول كل ما علم من الجوارح دل عليه ما روينا من حديث عدى رضى الله عنه لان اسم الكلب يقع على كل سبع حتى الاسد وعن أبى يوسف رحمه الله انه استثنى من ذلك الاسد والدب لانهما لا يعلمان لغيرهما الاسد لعلو همته والدب لخساسته كذا ذكر

في الهداية والكافي وذكر في النهاية الذئب بدل الدب وكذا في المحيط ولا تنهما لا يتعلمان عادة ولان التعليم يعرف بترك الاكل وهما لا يأكلان الصيد في الحال فلا يمكن الاستدلال بترك الاكل على التعلم حتى لو تصور التعلم منهما ويعرف ذلك بأن جاذ كره في النهاية وألحق بعضهم الحدأة بهما فاستثناها والخنزير مستثنى من ذلك لانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به قال رحمه الله (ولا يدمن التعليم) لقوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن ولقوله صلى الله عليه وسلم لابي ثعلبة ما صدت بكلبك المعلم فذكرت اسم الله عليه فكل وما صدت بكلبك غير المعلم فأدركت ذكاته فكل رواه البخاري ومسلم وأحمد وكذا الاحد أن يكون المرسل أهلا لذكاة بأن يكون مسلما أو كتابيا وهو يعقل التسمية ويضبط على نحو ما ذكرنا في الذبائح قال رحمه الله (وذا بترك الاكل ثلاثا في الكلب وبالرجوع اذا دعوته في البازي) أي التعلم في الكلب يكون بترك الاكل ثلاث مرات وفي البازي بالرجوع اذا دعي روى ذلك عن ابن عباس رضي الله عنهما ولان بدن الكلب يحتمل الضرب فيمكن ضربه حتى يترك الاكل وبدن البازي لا يحتمل الضرب فلا يمكن تعفيق هذا الشرط فيه فاكتفي بغيره مما يدل على التعلم ولان آية التعلم ترك ما هو أولف به عادة وعادة البازي التوحش والاستنفار وعادة الكلب الانتهاب والاسترذال لالفه بالناس فاذا ترك كل واحد منهما ألوفه دل على تعلمه وانتهاء حاله وهذا الفرق لا يتأتى الا في الكلب خاصة لانه هو الالوف دون غيره من ذوات الناب فانها ليست بألوف والفرق الاول يتأتى في الكل لان بدل كل ذي ناب يحتمل الضرب فأمكن تعليمه بالضرب الى أن يترك الاكل وانما شرط ترك الاكل ثلاث مرات وهو قولهما ورواية عن أبي حنيفة لان عليه يعرف بتكرار التجارب والامتحان وهي مدة تضرب بتلك الى فسحة موسى مع معلمه عليهما الصلاة والسلام وكذا تختبر الجارحة باختبار رجال المبسع وكذا قال عليه السلام اذا استأذن أحدكم ثلاثا فلم يؤذن له فليرجع وقال عمر رضي الله عنه اذا لم يرجع أحد كم في التجارة ثلاث مرات فليتوصل الى غيرها وهذا لان الاكثر هو الذي يقع دلالة على التعلم دون القليل والجمع كثير ولهذا قال عليه الصلاة والسلام الثلاثة ركب فقدره وعند أبي حنيفة رحمه الله لا يثبت التعلم الا بغلب على ظنه أنه قد تعلم ولا يقدر بشيء لان المقادير تعرف بالنص لا بالاجتهاد ولا نص هنا فيفوض الى رأي المبتلى به كما هو رأيه في مسئلة حبس الغرم والنجاسة المخففة المانعة من الصلاة والاعمال المفسدة للصلاة ومحصول ذلك ترك قوله في الاصل وترك الاكل قد يكون للخوف من الضرب فلا يقع دلالة على التعلم ولان مدة التعلم تختلف باختلاف القوة والبلادة فلا يمكن معرفتها ثم اذا ترك ثلاثا لم تحل الاولى ولا الثانية على قول من قال بالثلاث وهو ظاهر وكذا الثالث عندهما الا اذا لم يسرع معلما الا بعد تمام الثلاث وقيل غير معلم فكان الثالث صيد كلب يأهل فصار كبيع العبد المحجور عليه مال المولى بعلم المولى وهو ساكت فانه يصير مأذونا له في التجارة ولا يلزم ذلك البيع حتى كان للمولى أن ينقضه ان شاء وعند أبي حنيفة رحمه الله على الرواية الاولى يحل لان ترك عند الثالث آية تعلمه فصار هذا صيد كلب عالم لانا انما حكمنا بكونه عالما بطريق أن امساكه على صاحبه قد تعين وتحقق وكيف يحرم وقد أخذه بعد ارساله بخلاف ما استشهدا به لان بيع العبد المأذون له لا يجوز وان كان مأذونا له في التجارة حتى لو اشتراه المولى يراه كما كان مأذونا له وجاز شراؤه ولزمه ولم يذكر البازي كم اجابة يصير معلما فينبغي أن يكون على الاختلاف الذي ذكرناه في الكلب وقيل يصير معلما باجابة واحدة كان له وجه لان الخوف يتفرد بخلاف الكلب قال رحمه الله (ومن التسمية عند الارسال ومن الجرح في أي موضع كان) أي لابد من التسمية عند الارسال ومن الجرح في أي

في البني خشين وهو ممن يابع تحت الشجرة وضرب سهمه في خيبر وأسلمه النبي صلى الله عليه وسلم الى قومه فأسلموا وكان لا يأتي عليه ليلة الا خرج ينظر الى السماء فينظر كيف هي ثم يرجع فيسجد وعن أبي هريرة قال قال أبو ثعلبة انى لارجو الله أن لا يخنقني كما أراكم تخنقون عند الموت فبينما هو يصلي جوف الليل قبض وهو ساجد قرأت امته في النوم أن أباها قد مات فاستيقظت فزعة فعادت اين أبي فيل لها في مصلاه فذاك فلم يصبها فأتته فوجدته ساجدا فأيقنت فذكرته فسقط ميتا مات سنة خمس وسبعين اه

باختصار (قوله في المتن وذا بترك الاكل ثلاثا) في الكلب والتعليم عندنا أن يرسل ثلاث مرات كل ذلك يقتل الصيد ولا يأكل منه وهذا قول أبي يوسف ومحمد لانه الاتفاقي نقلا عن مختصر الكرخي اه (قوله وبدن البازي لا يحتمل الضرب) قال شاهر زاده قول الشافعي في الجديد بأن البازي وسائر طيور الوحش اذا أكل من الصيد لا يؤكل كما في الكلب والفهد وهو

محجوج بما روى محمد في الاصل عن سعيد بن جبير عن ابن عباس أنه قال في البازي يقتل الصيد فيأكل منه فقال كل وقال تعليم البازي أن تدعوه فيجيبك ولا تستطيع ضربه حتى يترك الاكل وهذا قول روي عنه وأبو يوسف أقر انه لخلافه فحل محل الاجماع اه اتقاني (قوله فيفوض الى رأي المبتلى به) أي وهو الصائد اه غاية

(قوله والمراد بمع التذكر) قال في الاصل (٥٣) وكذلك اذا أرسله في صيد كثير وسمى عن جواحد منه على الارسال فانه اذا قتل الكل

يحل الكل بتسمية واحدة قال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرحه فرق بين هذا وبين ما اذا ذبح شاتين بتسمية واحدة فانه لا يحل ووجه الفرق بينهما أن الذبح في باب الكلب يحصل بالارسال ولهذا يشترط التسمية وقت الارسال واذا كان الفعل واحدا تكفيه تسمية واحدة وان حصل بذبح صيود كثيرة بخلاف ما لو ذبح شاة ثم أخرى لان الثاني صار مذبوحا بفعل غير الاول فلا بد من تسمية أخرى اه اتقاني رحمه الله ستأتي هذه الحاشية في كلام الشارح عند قوله وان لم يرسله أحدا نهى (قوله ولان المقصود اخراج الدم الخ) قال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح كتاب الصيد انما يؤكل من صيد الكلب اذا أمسكه على صاحبه وقتلها حصل القتل بالجرح والعقر فأما اذا قتله صدما أو وجثما أو خنقها حتى مات فانه لا يؤكل منه وان أمسك على صاحبه اه اتقاني والكسر للخنق صرح به الشارح فيما سيأتي عند قوله في المتن أو خنقه الكلب فاقتضره وما على قوله فيما سيأتي في هذا المجرد والكسر كالخنق بعد سبع قولات

موضع كان من أعضائه أما التسمية فلما تلونا وروينا من حديث ثعلبة والمراد به مع التذكر وأما اذا نسي التسمية عند الارسال فلا بأس بأكله وقد بينا في الذبائح وأما الجرح فلما ذكرنا هو ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أنه لا يشترط رواه الحسن عنهما وهو قول الشعبي لقوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم مطلقا من غير قيد بالجرح فمن شرطه فقد زاد على النص وهو نسخ على ما عرف في موضعه وكذا ما روينا من حديث عدي وثعلبة يدل على ذلك لانه مطلق فيجري على اطلاقه والازم نسخه بالرأي وهو لا يجوز ووجه الظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين على ما بينا ولان المقصود الخراج الدم المسفوح وهو يخرج بالجرح عادة ولا يتخلف عنه الا نادرا فاقيم الجرح مقامه كما في الذكاة الاختيارية والرمي بالسهم ولانه اذا لم يجرحه صار موقوذا وهي محرمة بالنص وما نى مطلق وكذا ما روى فحملناه على المقيد لاتحاد الواقعة وانما لا يحمل المطلق على المقيد فيما اذا اختلفت الحوادث أو كان التقييد والاطلاق من جهة السبب أما اذا كانا من جهة الحكم والحادثة واحدة فيحمل عليه قال رحمه الله (فان أكل منه البازي أو كلب منه الكلب أو الفهد لا) وقال مالك والشافعي رحمهما الله في القديم يؤكل وان أكل منه الكلب كالبازي لما روى عن عبد الله بن عمرو أن ثعلبة قال يا رسول الله ان لي كلابا مكلبة فأفتني في صيدها فقال ان كانت تلك كلاب مكلبة فكل مما أمسكن عليك الحديث الى أن قال هو للذي صلى الله عليه وسلم وان أكل منه قال عليه الصلاة والسلام وان أكل منه ولان فعل الكلب انما صار ذكاة لعلمه وبالاكل لا يعود جاهلا فصار كالبازي ولما مار وينا من حديث عدي رضي الله عنه ولقوله تعالى وما أكل السبع الا ماذكيتم ولقوله عليه الصلاة والسلام اذا أرسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم الله فكل مما أمسكن عليك الا أن يأكل الكلب فلا تأكل فان أضاف أن يكون انما أمسك على نفسه رواه البخاري ومسلم واحد وعن ابراهيم عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا أرسلت كلبك المعلم فأكل من الصيد فلا تأكل فانما أمسكه على نفسه واذا أرسلته فقتل ولم يأكل فكل فانما أمسك على صاحبه رواه أحمد ومر و بهما عرب فلا يعارض الصحيح المشهور ولئن صح فالحرام أولى على ما عرف في موضعه والفرق بين البازي والكلب قد بيناه ولو صاد الكلب صيودا ولم يأكل منها شيأ ثم أكل من صيده بعد ذلك لا يؤكل من الذي أكل منه لان أكله علامة جهله ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلما على الاختلاف الذي بيناه في الابتداء وأما الصيود التي أخذها من قبل فما أكل منها لظهور الحرمة فيه لعدم الحلية وما لبس يحرز بان كان في المفازة بعد ثبوت الحرمة فيه بالاتفاق وما هو محرز في البيت يحرم عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يحرم لان الاكل لا يدل على جهله لان الحرفة قد تنسى وقد يشتد عليه الجوع فيأكل مع علمه ولان ما أخوذ قد أمضى الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله لان المقصود قد حصل بالاول بخلاف غير المحرز لان المقصود لم يحصل فيه من كل وجه لبقاء الصيد فيه من وجه لعدم الاحراز فيصير احتياطا ولابي حنيفة رحمه الله ان أكله آية جهله من الابتداء لان الحرفة لا تنسى أصلها فيبقى الاكل تبين أن تركه الاكل كان بسبب الشبع لا للتعلم وقد تبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لان المقصود يحصل بالاكل فصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء ولان علمه لا يثبت الاظهار فبقي جهله موهوما والموهوم في باب الصيد يلحق بالمتحقق احتياطا مما أمكن والامكان في حق القاسم جميعا دون الغائب وقال بعض المشايخ انما تحرم تلك الصيود عند أبي حنيفة اذا كان العهد قريبا أما اذا تطاول العهد بأن أتى عليه شهر أو أكثر وصاحبه قد قدد تلك الصيود لا تحرم تلك الصيود في قولهم جميعا لان في المدة الطويلة يتحقق النسيان فلا يعلم انه لم يكن معلما في الماضي من الزمان وفي المدة القصيرة لا يتحقق النسيان فيظهر أنه لم يكن معلما حين

(قوله وهو يخرج بالجرح عادة) قال الاتقاني وانما يحكم بالحل على ما عاده اذا جرحه لان الجرح يعتبر للفصل بين اصطياد الظاهر والنهس الذي لا أثر له بشترط في مجموع العروق في موضع الاختيار لانه أبلغ في الفصل وأكثر ما يسأل الجرح في موضع الاضطرار اه

اصطياد ذلك الصيود فتحرم تلك الصيود وقال شمس الائمة السرخسي رحمه الله الصحيح أن الخلاف في الفصلين ولو أن صقرا فر من صاحبه فمكث حينا ثم رجع الى صاحبه فأرسله فصاد لا يؤكل صيده لانه ترك ما صار به عالما فصح كم يجهله كالكلب اذا أكل من الصيد فيكون حكمه حكم الكلب فيما ذكرنا ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل من لحمه شيأ أكل لانه محمل عليه وهذا من غاية عله حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وأمسك عليه ما يصلح له ولو أخذ الصائد الصيد من الكلب وقطع له منه قطعة وألقاها اليه فاكلها يؤكل ما بقي لانه أمسك على صاحبه وسلمه اليه وأكله بعد ذلك مما ألقى اليه صاحبه لا يضره لانه لم يأكل من الصيد وهو عادة الصيادين فصار كما اذا ألقى اليه طعاما آخر وكذا اذا خطف الكلب عشه وأكله لانه لم يأكل من الصيد اذ لم يبق صيدا في هذه الحالة والشرط ترك الاكل من الصيد وقد وجد فصار كما اذا افترس شاته بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل أن يحرزه المالك لبقاء حبسة الصيد فيه ولو نهش الصيد فقطع منه بضعة فأكلها ثم أدرك الصيد فقتله ولم يأكل منه لا يؤكل لانه صيد كلب جاهل حيث أكل من الصيد ولو ألقى ما نهشه واتبع الصيد فقتله ولم يأكل منه حتى أخذه صاحبه ثم ذهب الى تلك البضعة فأكلها يؤكل الصيد لانه لو أكل من نفس الصيد في هذه الحالة لا يضره فاذا أكل ما بان منه وهو لا يحل لصاحبه أولى بخلاف الوجه الاول لانه اذا أكل في حاله الاصطياد فتبين أنه جاهل ممسك على نفسه ولان نهش البضعة قد يكون ليأكلها وقد يكون حيلة في الاصطياد ليضعفه بالقطع منه فيمكن من أخذه اذا كلها قبل الاخذ فيدل على الوجه الاول وبعده على الوجه الثاني قال رحمه الله (وان أدركه صاد كاه) لقوله عليه الصلاة والسلام لعدي اذا أرسلت كلبك فاذكر اسم الله عليه وان أمسك عليك فأدركته حيا فاذبحه الحديث رواه البخاري ومسلم وأحمد ولانه قد يرجى حصول المقصود بالبدل اذا المقصود هو الحل ولا يثبت قبل موته فبطل حكم البدل والبازي والسهم كالكلب لان المعنى يشمل الكل قال رحمه الله (وان لم يذكه أو خنقه الكلب ولم يجرحه أو شارك كلب غير معلم أو كلب مجوسي أو كلب لم يسم الله عليه عمدا حرم) أما اذا لم يذكه فلانه لما أدركه حيا صار في ذكاة اختياري لما روينا من المعنى فيتركه بصيرورته وهذا اذا عجز عن ذبحه أما اذا وقع في يده ولم يمكن من ذبحه وفيه من الحياة قدر ما يكون في المذبوح بأن عقر بطنه ونحو ذلك ولم يبق الا مضطربا اضطراب المذبوح فحلال لان هذا القدر من الحياة لا يعتبر فكان ميتا حكما الا ترى أنه لو وقع في الماء وهو في هذه الحالة لا يحرم كما اذا وقع بعد موته لان موته لا يضاف اليه والميت لا يسمى محلا للذكاة وذكر الصدر الشهيد أن هذا بالاجماع وقيل هذا قولهما وعند أبي حنيفة رحمه الله لا يحل الا اذا ذكاه بناء على أن الحياة الخلقية معتبرة عنده وعندهما غير معتبرة حتى حلت التردية والنطيحة والموقوذة ونحوها اذا ذكاة اذا كانت فيها حياة وان كانت خفية عنده وعندهما لا تحل الا اذا كانت حياتها بينة وذلك بأن تبقى فوق ما يبقى المذبوح عند محمد رحمه الله وعند أبي يوسف رحمه الله أن تكون بحال يعيش مثلها لكون موته مضافا الى الذكاة ولهم مسئلة وان كان فيه من الحياة فوق ما يكون في المذبوح فكذلك في رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف وهو قول الشافعي لانه لم يقدر على الاصل فصار كالتيمم اذا رأى الماء ولم يقدر على استعماله ولا يؤكل في ظاهر الرواية لانه قادر حكما لتبوت يده عليه وهو فاتهم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتبار الذبح نفسه حقيقة لان الناس يختلفون فيه على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في أمر الذبح فلا يمكن ضبطه فأدير الحكم على ثبوت اليد لانه هو المشاهد المعاين فلا يحل أكله الا بالذكاة سواء كانت حياته خفية أو بينة بجرح المعلم أو غير من السباع وعليه الفتوى لقوله تعالى وما أكل السبع الا ما ذكيتم استثناء مطلقا من غير تفصيل فيتناول كل حي مطلقا وكذا قوله عليه الصلاة والسلام لعدي فان أمسك عليك فأدركته حيا فاذبحه مطلق فيتناول كل حي مطلقا والحديث صحيح رواه البخاري ومسلم وأحمد وفصل الشافعي رحمه الله تفصيلا آخر غير ما ذكرنا فقال ان لم تمكن من الذبح

(قوله الصحيح أن الخلاف في الفصلين) أي طالت المدة أو قصرت اه (قوله ولو أن صقرا فر من صاحبه) أي وقد كان ما لمابه اه غاية (قوله لان ترك ما صار به عالما) وهو اجابته الى صاحبه داعيا وموسلا اه غاية (قوله اذا لم يبق صيدا في هذه الحالة) لان الصيد اسم لمتوحش غير محرز وقد زال التوحش بالقتل وزال كونه غير محرز بالاحراز فالقى بالشاة تناول من الشاة لا يحكم بجهله فكذا هذا لانهم يبقى صيدا أصلا اه غاية (قوله في المتن وان لم يذكه) أي حتى مات اه هداية (قوله وعليه الفتوى) أي على حد الاكل اذا ذكى الصيد وفيه حياة في جميع الاحوال وهو قول أبي حنيفة اه غاية

قوله والكسر كالخنق) قال الاتقانى وأما اذا لم يجرحه ولم يخنقه ولكنه كسر عصا وأمنه فمات قال أبو الحسن لكرخى ذكر أنه لم يجده عن أبى حنيفة شيأ معتبرا وقد حكى محمد فى الزيادات المسئلة وجاب فيها جوابا مطلقا انه اذا لم يجرح لم يؤكل وهذا يقتضى أنه لا يحل بالكسر فقال الكرخى فى مختصره وذكر أبو يوسف فى أثر حكايته عن أبى حنيفة فقال ان قتله من غير أن يجرحه بناب ولا بمخلب فانه لا يؤكل وكذلك لو صدمه فقتله ولم يكسر ولم يجرح فان جرح بناب أو بمخلب أو كسر عضوا فقتله فلا بأس بأكله الى هنا لفظ الكرخى قال القدورى فى شرحه وظاهر هذا الكلام يقتضى أن الجرح كالكسر وجهه أن الكسر جراحة باطنة فيه فهى كالجراحة الظاهرة وجه ما حكاه محمد أن الجرح يقع باتهار الدم وهذا المعنى لا يوجد بالكسر فصار كالخنق كذا فى شرح القدورى اه (قوله لكن اشتد) أى اشتد الكلب الثانى على اثر الكلب الاول المعلم يعنى عدا خلفه واتبعه من ورائه حتى عدا الكلب الاول على الصيد فأخذه اه اتقانى وكتب منلا سنه أى عدا كذا فى ديوان الادب اه غاية (قوله بخلاف ما اذا رتكه) أى رد الجموسى الصيد على الكلب المعلم اه (قوله والمراد بالزجر الخ) قال صاحب الهداية والمراد بالزجر الاغراء الصياح عليه

الانفلات

لفقد الآلة لم يؤكل لان التقصير من جهته وان كان لضيق الوقت أكل لعدم التقصير وألحقه عليه ما تاونا ومار وينا وأما اذا خنقه الكلب ولم يجرحه فعلمائنا عند قوله لابد من التعليم والتسمية والجرح وذكرنا اختلاف الرواية والكسر كالخنق حتى لا يعتبر به لانه لا يفضى الى خروج الدم وأما اذا شاركه كلب غير معلم أو كلب مجوسى أو كلب لم يذكر اسم الله عليه عمدا فلما روى عدى بن حاتم رضى الله عنه أنه قال قلت يا رسول الله انى أرسل كلبى وأسمى فقال اذا أرسلت كلبك وسميت فأخذ فقتل فكل فانه أكل منه فلا تأكل فانما أمسك على نفسه قلت انى أرسل كلبى فأجد معه كلبا آخر لا أدرى أيهما أخذه فقال لا تأكل فانما سميت على كلبك ولم تسم على غيره وفى رواية أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا أرسلت كلبك فاذكر اسم الله عليه فان وجدت مع كلبك كلبا غيره وقد قتل فلا تأكل فانك لا تدرى أيهما قتله رواهما البخارى ومسلم وأحمد رحمهم الله وهذا صحيح فيكون حجة على مالك والشافعى رحمهما الله فى قوله القديم انه لا يحرم ما أكل الكلب الصيد وعلى الشافعى فى متروك التسمية عمدا أيضا ولانه اجتمع فيه المبيح والحرم فيغلب فيه جهة الحرمة لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اجتمع الحلال والحرام الا وقد غلب الحرام الحلال ولان الحرام واجب الترك والحلال جائز الترك فكان الاحتياط فى الترك ولو رده عليه الكلب الثانى ولم يجرحه معه ومات بجرح الاول يكره لان فعل المعاونة فى الاخذ وقد فعل الجرح ثم قيل الكراهة كراهة تنزيه لان الاول لما تفرد بالجرح والاخذ غلب جانب الحل فصار حلالا ولو أوجبت اعانة غير المعلم الكراهة دون الحرمة وقيل كراهة تحريم وهو اختيار الحلوانى لوجود المشاركة من وجه بخلاف ما اذا رده عليه المجوسى بنفسه حيث لا يحرم ولا يكره لان فعل المجوسى ليس من جنس فعل الكلب فلا تتحقق المشاركة أصلا وهو أصل الكلب من جنس فعل الكلب فتحققت المشاركة من وجه ولو لم يرد الكلب الثانى عليه لكن اشتد على الاول فاشتد الاول على الصيد بسببه فأخذه فقتله فلا بأس بأكله لان فعل الثانى أثر فى الكلب الاول حتى ازداد طلبا ولم يؤثر فى الصيد فكان بمنزلة ما لو أخذه فقتله فلا بأس بأكله لان فعل الثانى لما ل

قوله وقال مالك الخ) ساق اختلاف في الجمع بينه وبين الشافعي فقال ولو أرسله على صيد فأخذ غيره من غير عدول ولا مكث بطله قال ابن رشد انما قيدبهما لأنه لو انصرف عن طريقه بينا وشمالا او امكث لا بحل انقطاعا وساق الاتفاق ان الخلاف بيننا وبين مالك فقط كما ذكر الشارح قال قال في الاصل أرأيت الرجل يرسل كلبه على صيد فأخذ صيدا غيره في وجهه ذلك أيؤكل قال نعم قال شيخ الاسلام خواهر زاده هذا مذهب علمائنا وقال مالك بأنه لا يحل وأجمعوا أنه لو ارسل فرخ بعينه وشمالا فأخذ صيدا وقتله فانه لا يحل وعلى الحاكم الشهيد في الكافي واذا أرسل كلبها أو بازه الى صيد فأخذ ذلك الصيد أو أخذ غيره أو أخذ عددا من الصيد فهو كله حلال مادام في وجه ارساله فان قتل واحدا أو أوجع عليه طويلا ثم مر به صيد آخر فأخذه لم يؤكل لانه خرج من حال الارسال الى هنا لفظ الكافي اه (قوله فكمن) أي استتر اه قال في الصباح كمن كمونا من باب قعد توارى واستخفى اه (قوله قال أي الاسبيجابي) ناقلا عن شيخه شمس الائمة اه كذا في (قوله فينبغي لكل عاقل أن يأخذ ذلك منه) قال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرحه يقال ان في الفهد خصالا لو كان واحد منها في بني آدم لكان من أشرف الناس اه (قوله ومنها أنه) أي لا يأكل المينة وانما يأكل الذكية يعني أنه لا يأكل الخبيث وانما يأكل الطيب اه غاية (قوله وكذا الكلب) قال الكرخي في مختصره وكذلك الكلب اذا أرسله الرجل فصنع كما يصنع الفهد فلا بأس بأكل ما صاد وذلك لان الملك ساعة يملك منه للارسال صيدا دلا للاستراحة فيعتذلك من

لانفلات من هذا الوجه فهو فوقه من وجه آخر من حيث انه فعل المكلف فاستويا فتسقط الانفلات لان آخر المتلفين يصلح ناسخا للاول كما في نسخ الاحكام بخلاف الفصل الاول لان الزجر لا يساوي الارسال بوجه من الوجوه لان كل واحد منهما فعل المكلف والزجر بناء على الارسال فكان دونه من كل وجه لا يرتفع به والبازي كالكلب فيما ذكرنا ولو أرسل كلبه المعلم على صيد معين فاخذ غيره وهو على سننه حل وقال مالك رحمه الله لا يحل لانه أخذه بغير ارسال اذا الارسال مختص بالشارالبه والتسمية وقعت عليه فلا تتصل الى غيره فصار كما اذا أضجع شاة وسمى عليها وخلاها فذبح غيرها تلك التسمية قلنا ان أبى ليلى رحمه الله يتعين الصيد بالتعيين مثل قول مالك رحمه الله حتى لا يحل غيره بذلك الارسال ولو أرسل من غير تعيين يحل ما أصابه خلافا لمالك وهذا بناء على أن التعيين شرط عندمالك وعنده ليس بشرط ولكن اذا عين يتعين وعندنا التعيين ليس بشرط ولا يتعين بالتعيين لان الشرط ما يقدر عليه المكلف ولا يكلف الا ما يقدر عليه والذي في وسعه ايجاد الارسال دون التعيين لانه لا يمكنه أن يعلم البازي والكلب على وجه لا يأخذ الا ما عينه له ولان التعيين غير مفيد في حقه ولا في حق الكلب فان الصيود كلها فيما يرجع الى المقصود سواء وكذا في حق الكلب لان قصده الى أخذ كل صيد يمكن من أخذه بخلاف ما استشهد به مالك رحمه الله لان التعيين في الشاة ممكن وكذا غرضه متعلق بعين فتتعلق التسمية بها لان المضحي للذبح وفيما نحن فيه بالاله ولو أرسله على صيود بتسمية واحدة حالة الارسال فقتل الكل حل لجميع لان الذبح يقع بالارسال ولهذا تشترط التسمية عنده والفعل وهو الارسال واحد فيكفي بتسمية واحدة فصار كما اذا أضجع شاتين احداهما فوق الاخرى فذبحهما دفعة واحدة بتسمية واحدة بخلاف ما اذا كان على التعاقب لان الفعل متعدد فلا يعمن تعدد التسمية ومن أرسل فهد افكمن حتى يمكن من الصيد ثم أخذ الصيد فقتله يؤكل لان ذلك عادة له بمنزلة الاسترخاء فلا ينقطع به فور الارسال وكيف ينقطع وقصد صاحبه يتحقق بذلك وعند ذلك منه من الخصال الحميدة قال الحلواني للفهد خصال جيدة فينبغي لكل عاقل أن يأخذ ذلك منه ممكن أن يكون للصيد حتى يمكن منه فيصل مقصوده وهكذا ينبغي للعاقل أن لا يجاهر عدوه بالخلاف ولكن يطلب الفرصة حتى يتمكن منه فيصل مقصوده من غير اتعاب نفسه ومنها أنه لا يعدو خلف صاحبه حتى يركبه خلفه وهو قول هوا لمحتاج الى فلا أذل وهكذا ينبغي للعاقل أن لا يذل نفسه فيما يفعل لغيره ومنها أنه لا يتعلم بالضرب ولكن يضرب الكلب ليتأدب به اذا أكل من الصيد فيتعلم بذلك وهكذا ينبغي للعاقل أن يتعظ بغيره كما قيل السعيد من اتعظ بغيره ومنها أنه لا يتناول الخبيث من اللحم وانما يطلب من صاحبه اللحم الطيب وهكذا ينبغي للعاقل أن لا يتناول الا الطيب ومنها أنه يشبع ثلاثا او خمسا فان لم يتمكن من أخذ تركه ويقول لا أقتل نفسي فيما أعل لغيري وهكذا ينبغي للعاقل وكذا الكلب اذا اعتاد الاصطياد لا يقطع فور الارسال لما بينا في الفهد ولو أرسل كلبه فأخذ صيدا فقتله ثم أخذ آخر فقتله أكل جميعا لان الارسال قائم لم يتقطع وهو بمنزلة ما لو رمى سهما الى صيد فأصابه وغيره ولو جرحه على الاول ثم مر به صيد آخر فقتله لا يؤكل الثاني لانقطاع الارسال بمكثه طويلا اذا لم يكن ذلك حيلة منه للاخذ وانما هو استراحة بخلاف ما تقدم ولو

بقي فاقة الحيوان فلا يكون قاطعا للارسال بل يكون من أسباب الاصطياد كالوثوب والعدو اه غاية (قوله ولو أرسل كلبه الخ) قال أبو الحسن الكرخي في مختصره واذا أرسل المسلم كلبه على صيد سمي فأدرك الكلب الصيد فوقذه ثم ضربه ثانيا فقتله أكل وكذلك لو أرسل كلبين على صيد فضربه أحدهما فوقذه ثم ضربه كلبه الآخر فقتله أكل قال القدوري في شرحه وذلك لان هذا المعنى لا يمكن ضبطه من فعل الكلب الا ترى أنه لا يمكن أن يعلم ترك الجرح بعد الجرح الاول وما لا يمكن تعلمه يسقط اعتباره فكان قتله بجرح واحد اه اتقاني رحمه الله

(قوله فان وجدته قد قتل) أي جرح اه (قوله اذا رميت فسميت فخرقت فكل) وفي حديث عدي أنه قال عليه الصلاة والسلام ارم بالمعراض فخزق قال ان أصاب بعرضه فلا تأكل وفي حديث آخر وما خزقتم فكلوه واذا تركتم اسم الله عليه والسين لغة والراء تصحيف قاله في المغرب في الخاء مع الزاي المعجمتين اه (قوله سواء كان الصيد المسموع حسه الخ) يعني رمى المسموع حسه على ظن أنه صيد فأصاب سهمه صيدا غير المسموع (٥٦) حسه فظهر أن المسموع حسه كان صيدا الا آدميا ولا ثانيا ولا تاليا ونحو ذلك حل ما أصابه

أرسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شئ ثم أتبع الصيد فأخذه وقتله وكل اذا لم يمكث زمانا طويلا للاستراحة واذا لم يمكث ساعة للكمين ولو أتاه بازيا معلما أخذ صيدا فقتله ولا يدري أرسله انسان أو لا لا يؤكل لوقوع الشك في الارسال ولا تثبت الاباحة بدونه ولئن كان مرسلا فهو مال الغير فلا يجوز تناوله الا بأذن صاحبه ولو أرسل كلبه على صيد فأخذ الكلب الصيد فجرحه ثم جرحه آخر فقتله أكل وكذا لو أرسل كلبين فجرحه أحدهما ثم قتله الآخر أكل لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا مما إذا كان ارسال أحدهما بعد ما أثخنه الاول ولو أرسل رجلان على كل واحد منهما كلبا فجرحه أحدهما وقتله الآخر أكل اذا كان ارسال الثاني قبل أن يثخنه الاول لما بينا ولمالك لصاحب الاول ان كان أثخنه قبل أن يجرحه الثاني لانه أخرجه عن حد الصيد فلكلبه ولا يحرم بجرح الثاني بعد ما أثخنه الاول لان الارسال الثاني حصل الى الصيد لكونه قبل أن يثخنه لان المعتبر في الحل والحرمة حالة الارسال لقدرته على الامتناع ولا تعتبر بعد معدم قدرته عليه قال رحمه الله (وان رمى وسمى فجرح أكل أي رمى الى الصيد فأصابه يؤكل اذا جرح لقوله عليه الصلاة والسلام لعدي بن حاتم اذا رميت سهمك فاذكر اسم الله عليه فان وجدته قد قتل فكل الا أن تجده قد وقع في ماء فانك لا تدري الماء قتله أم سهمك رواه البخاري ومسلم وأحمد وشرط الجرح لما روى عن ابراهيم عن عدي بن حاتم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا رميت فسميت فخزقت فكل وان لم تخزق فلا تأكل ولانا لا نأكل من المعراض الا ما ذكيت ولانا لا نأكل من البندقة الا ما ذكيت رواه أحمد ولا فرق في ذلك بين أن يصيب الرمي بنفسه أو غيره من الصيد كما في ارسال الكلب على ما بينا وفي اطلاق قوله في المختصر فان رمى وسمى وجرح أكل اشارة اليه حتى لو بعين المرمى ولا المصاب حتى يدخل تحته ما اذا سمع حس فظنه صيدا فرماه فأصاب صيدا آخر ثم تبين أنه حس صيد بعمل أكله سواء كان الصيد المسموع حسه ما كولا أو غير ما كول بعد أن كان المصاب ما كولا لانه وقع اصطيادا مع قصد ذلك وعن أبي يوسف رحمه الله انه خص من ذلك الخنزير لتغلظ حرمته ألا ترى انه لا تثبت الاباحة في شئ منه بخلاف السباع لانه يؤثر في جلده ولو فرخص منها ما لا يؤكل لحمه لان الاصطياد لا يفيد الاباحة فيه ووجه الظاهر أن اسم الاصطياد لا يختص بما لا يأكل فيكون داخلا تحت قوله واذا حللتم فاصطادوا فكان اصطياده مباحا والاباحة للتناول ترجع الى الحل فيثبت بقدر ما يقبلها لما أوجدا وقد لا يثبت بالكلية اذا لم يقبلها الحل واذا وقع اصطياد اصار كأنه رمى الى صيد أصاب غيره وان تبين أنه حس يراد أو سمك ذكر في النهاية معزيا الى المغني أن المصاب لا يؤكل لان الذكاة لا تقع عليها فلا يكون الفعل ذكاة وأورده على قول صاحب الهداية ثم تبين انه حس صيد حل المصاب فقال كان من حقه أن يقال ثم تبين انه حس صيد يحتاج في حل أكله الى الذبح أو الجرح وقال صاحب الهداية في آخر هذه المسئلة ولو رمى الى سمكة أو جرادة فاصاب صيدا يحل في رواية عن أبي يوسف رحمه الله لانه صيد وفي رواية أخرى عنه لا يحل لانه لا ذكاة فيها فكان بمنزلة أن يخرج ما ذكره صاحب الهداية على رواية الحل فلا يرد عليه ما أورده ولا يحتاج الى زيادة ذلك

يؤكل الصيد اه غاية (قوله وان رفر خص منها) أي من جملة المسموع حسه اه (قوله فيثبت) أي يثبت التناول القيد بقدر ما يقبل الحل يعني ان كان يقبل الحل التناول من حيث اللحم يثبت تناول اللحم وان كان يقبل تناول الجلد لا اللحم يثبت ذلك فتنفع بجلده وان لم يقبل تناولهما جميعا كما في الخنزير فحينئذ يكون الاصطياد نافع أذيته فاذا كان الاصطياد مبا حا حل المصاب اذا كان مما كوله اللحم وان كان المسموع حسه لا يحل أكله اه غاية (قوله بقدر ما يقبلها لحما أو جلدا) أي أو شعرا أو ريشا أو دفع أذيته اه غاية (قوله صار كأنه رمى الى صيد) أي مما كوله اه (قوله لانه صيد) أي وان كان لا تؤكله اه غاية

القيد الذي ذكره وفي فتاوى فاضيخان لو رمى إلى جراد أو سمكة وترك التسمية فأصاب طائرا أو صيدا آخر فقتله حل أكله وعن أبي يوسف رحمه الله روايتان والصحيح أنه يؤكل وهذا في من يحل الكل فلا رمى عليه أصلا وان تبين أن المسموع حسه آدمي أو حيوان أهلي أو ظبي مستأنس أو موثق لا يحل المصاب لان الفعل لم يقع اصطيادا فلا يقوم مقام الذكاة ولو رمى إلى طائر فأصاب غيره من الصيود وفر الطائر ولا يدري أهو وحشي أم لا حل المصاب لان الظاهر فيه التوحش بخلاف ما لو رمى إلى بعير فأصاب صيدا ولا يدري أهو ناد أم لا حيث لا يحل المصاب لان الاصل فيه الاستئناس فيحكم على كل واحد منهما بظاهر حاله ولو أصاب المسموع حسه وقد ظنه آدميا فتبين أنه صيد حل لانه لا معتبر لظنه مع تعينه صيدا ذكره في الهداية وقال في المنتقى إذا سمع حسا بالليل ففتش انه انسان أو دابة أو حية فرماه فإذا ذلك الذي سمع حسه صيد فأصاب سهمه ذلك الصيد الذي سمع حسه أو أصاب صيدا آخر وقتل لا يؤكل لانه رماه وهو لا يريد الصيد ثم قال ولا يحل الصيد الا لو جهين أن يرميه وهو يريد الصيد وأن يكون الذي أراده وسمع حسه ورمى اليه صيدا سواه كان مما يؤكل أولا وهذا يناقض ما ذكره في الهداية وهذا أوجه لان الرمي الى الادمي ونحوه ليس باصطياد فلا يمكن اعتباره ولو أصاب صيدا وما ذكره صاحب الهداية يناقض ما ذكره وهو بنفسه أيضا من قوله وان تبين أنه حس آدمي لا يحل المصاب وعلى اقتضاء ما ذكره هنا أن يحل لان المصاب صيد كما في هذه المسئلة بل أولى لان مقصوده أيضا فيما صيد وفرق بينهما في النهاية بفرق غير مخلص فلا حاجة الى ذكره وقال فيه لو رمى الى آدمي أو بقر أو نحوه ومعي فأصاب صيدا أكل لان الرواية لهذا في الاصل ولابي يوسف فيه قولان في قول يحل وفي قول لا يحل فيحمل ما ذكره صاحب الهداية على رواية أبي يوسف فيستقيم ولا حاجة الى الفرق ولو لم يتبين أن صاحب الحس ما هو لا يحل تناقل ما أصابه لاحتمال أن يكون المسموع حسه غير صيد فلا يحل المصاب بالشك والبازي والفهد في جميع ما ذكرنا كالكلب فالرجه الله (وان أدركه حيا كما وان لم يدع كما رمينا وجاء بالكلب من المعي لان كل واحد منهما ذكاة اضطرار فيكون الوارد في أحدهما واردا في الآخر لانه لا استواء بينهما من كل وجه والله أعلم قال رحمه الله (وان وقع سهم بصيد فتحامل وغاب وهو في طلبه حل وان قعد عن طلبه ثم أصابه ميتا لما) لقوله عليه الصلاة والسلام لابي ثعلبة اذا رميت سهمك فغاب ثلاثة أيام وأدركته فكله مالم يبن رواه مسلم وأحمد وأبو داود والنسائي وروى أنه عليه الصلاة والسلام كره أكل الصيد اذا غاب عن الرامي وقال لعل هوام الارض قتلته فيحمل هذا على ما اذا قعد عن طلبه والا زال على ما اذا لم يقعد ولانه يحتمل أن عوت بسبب آخر فيعتبر فيما يمكن التحرز عنه لان الموهوم في الحرمات كالمتحقق وسقط اعتبار فيما لا يمكن التحرز عنه للضرورة لان اعتباره فيه يؤدي الى سد باب الاصطياد وهذا لان الاصطياد يكون في العصر إما من الابصار عادة ولا يمكنه أن يقتفي في موضعه من غير انتقال ويواري عنه غالبا فيعذر مالم يقعد عن طلبه للضرورة لعدم امكان التحرز عنه ولا يعذر فيما اذا قعد عن طلبه لان الاحتراز عن مثله ممكن فلا ضرورة اليه فيحرم وهو القياس في الكل الا أنا تركنا هالضرورة فيما لا يمكن التحرز عنه وبقي على الاصل فيما يمكن وجعل قاضيخان في فتاواه من شرط حل الصيد أن لا يتواري عن بصره فقال لانه اذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس رضي الله عنهما كل ما أصبت ودع ما أغبت والاصماء أن يتوارى عنك والانعماء أن تراه ما يتواري عنك وهذا نص على أن الصيد يحرم بالتواري وان لم يقعد عن طلبه واليه أشار صاحب الهداية أيضا بقوله والذي رويناه حجة على مالك رحمه الله في قوله اذا تواري عنك اذا لم يبت ليلة يحل فاذا بات ليلة لا يحل وهذا يشير الى أنه اذا تواري عنه لا يحل عند ناوان لم يقعد عن طلبه فيكون مناقضا لقوله في أول المسئلة واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى أصابه ميتا أكل وان قعد عن طلبه ثم أصابه ميتا لم يؤكل فبنى الامر على الطلب وعدمه لا على التواري وعدمه وعلى هذا أكثر كتب فقهاء أصحابنا رحمهم الله ولو حل

(قوله وان تبين الخ) فاذا ولو أرسل كلبه على طير موثق فأصاب صيدا لم يؤكل لان الموثق لا يجوز صيده بالكلب وهو كالشاة ولو أرسل بازه على ظبي وهو لا يصيد الظباء فأصاب صيدا لم يؤكل لان هذا الارسال لم يقصد به الاصطياد فصار كان أرسل كلبا على فيل فأصاب صيدا كذا ذكر القدوري في شرحه اه اتقاني (قوله حل المصاب) وهذا مبني على أن الطير الداجن اذا رمى في الصحراء لم يحل بالمقر لانه يأوي البيوت فتثبت اليد عليه الا أنه اذا رمى الى طير ثم شك فيه فالاصل في الطير الوحش حتى يعلم الاستئناس فيتعلق برميه الاباحة اه غاية (قوله وقال فيه) أي في المنتقى اه (قوله والفهد في جميع ما ذكرنا كالكلب) لفظ كالكلب هو بخط الشارح والظاهر بدل كالكلب كالسهم فليتأمل

ماذكره على ماإذا قعد عن طلبه كان يستقيم ولم يتناقض ولكنه خلاف الظاهر ومارو ينامن الحديث يبيح مغاب عنه وبات ليالى فيكون حجة على من يمنع ذلك وان وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لايحل لقوله عليه الصلاة والسلام لعدى اذا رميت سهمك فاذ كراسم الله عليه فان غاب عنك يوما فلم تجد فيه الاأثر سهمك فكل ان شئت وان وجدته غريقا فى الماء فلا تأكل رواه مسلم والنسائى وفى رواية أنه عليه الصلاة والسلام قال له اذا وجدت سهمك ولم تجد فيه أثر غيره وعلمت أن سهمك قتله فكله رواه أحمد والنسائى وفى رواية أن عديا رضى الله عنه قال قلت يارسول الله أرمى فى الصيد فأجد فيه سهمى من الغد قال اذا علمت أن سهمك قتله ولم ترفيه أثر سبع فكل رواه الترمذى وصححه ولانه محتمل تحققت فيه الامارة فيحرم بخلاف ماإذا كان بلا أمارة على ماسيأتى وحكم ارسال الكلب والبازى فى جميع ماذكرنا من الاحكام كالرمى قال رحمه الله (ولو رمى صيدا فوقع فى ماء أو على سطح أو جبل ثم تردى منه الى الارض حرم) لقوله تعالى وما ترديه والمتردية والمراد بما لقوله عليه الصلاة والسلام لعدى اذا رميت سهمك فاذ كراسم الله عليه فان وجدته قد قتل فكل الا أن تجده قد وقع فى ماء فانك لاتدرى الماء قتله أو سهمك رواه البخارى ومسلم وأحمد ولقوله عليه الصلاة والسلام لعدى اذا رميت سهمك فكل واذا وقع فى الماء فلا تأكل رواه البخارى وأحمد ولانه احتمل موته بغيره اذ هذه الاشياء مهلكة ويمكن الاحتراز عنها فيحرم بخلاف ماإذا كان لايمكن التحرز عنه فهذا هو الحرف فى المحتمل فى هذا الباب وهذا فيما اذا كان فيه حياة مستقرة بحرم بالاتفاق لان موته مضاف الى غير الرمى وان كانت حياته دون ذلك فهو على الاختلاف الذى مر ذكره فى ارسال الكلب قال رحمه الله (وان وقع على الارض ابتداء حل) لانه لايمكن التحرز عنه فسقط اعتباره كيلا يسد بابه على ماينا بخلاف ماإذا أمكن التحرز عنه لان اعتبار ما يؤدى الى سد بابه لان اعتباره لايؤدى الى الحرج فأمكن ترجيح المحرم عند التعارض على ماهو الاصل فى الشرع ولو وقع على جبل أو سطح أو آجرة موضوعة فاستقر ولم يتدحرج لان وقوعه على هذه الاشياء كوقوعه على الارض ابتداء ولانه لايمكن الاحتراز عنه فسقط اعتباره بخلاف ماإذا وقع على شجر أو حائط أو آجرة ثم وقع على الارض أو رماه وهو على جبل فتردى منه الى الارض أو رماه فوقع على رمح منصوب أو قصبة فأنفذه أو على حوف آجرة حيث يحرم لاحتمال أن أحد هذه الاشياء قتله بحدته أو بتردته وهو يمكن الاحتراز عنه وقال فى المنتقى لو رمى صيدا فوقع على صفرة فانفلق رأسه أو انشق بطنه لم يؤكل لاحتمال موته بسبب آخر قال الحاكم أبو الفضل رحمه الله وهذا خلاف اطلاق الجواب المذكور فى الاصل ولكن يجوز أن يكون اطلاق الجواب المذكور فى الاصل فيما عدا هذا المفسر لان حصول الموت بانفلاق الرأس وانشقاق البطن ظاهر بالرمى موهوم مترقد فالظاهر أولى بالاعتبار من الموهوم بخلاف ماإذا لم ينشق ولم ينفلق لان موته بالرمى هو الظاهر فلا يحرم لم يحصل اطلاق الجواب فى الاصل عليه وحمل السرخسى ماذكره فى المنتقى على ماإذا أصابه حد الصفرة فانشق لذلك وحمل المذكور فى الاصل على أنه اذا لم يصبه من الصفرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليه فمثل ذلك لا التأويلين صحيح ومعناهما واحد لان كلا منهما يحمل ماذكره فى الاصل على ماإذا مات بالرمى وماذكره فى المنتقى على ماإذا مات بغيره وفى لفظ المنتقى اشارة اليه الآتى وأنه قال لاحتمال الموت بسبب آخر أى غير الرمى وهذا يرجع الى اختلاف اللفظ دون المعنى فلا بأس به وان كان المرمى مائيا فان لم تنهس الجراحة فى الماء أكل وان انهست لايؤكل لاحتمال الموت بدون الرمى لان تشرب الجرح الماء سبب لزيادة الالم فصار كما اذا أصابه السهم قال رحمه الله (وماقتله المعراض بعرضه أو بالبندقة حرم) لما رو ينامن حديث ابراهيم ولما روى أن عدى بن حاتم قال للنبى صلى الله عليه وسلم انى أرمى الصيد بالمعراض فأصيب فقال اذا رميت بالمعراض فخزق فكله وان أصاب بعرضه فلا تأكله رواه البخارى ومسلم وأحمد ولما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن الخذف وقال انها لاتصيد ولكنها تكسر السن وتفقأ العين رواه

(قوله ولكنه خلاف الظاهر) لانسلم أنه خلاف الظاهر بل يتعين الحمل عليه اه (قوله ولانه محتمل) أى موته بجراحة سوى جراحة سهمه اه (قوله والبازى) فى جميع ماذكرنا من الاحكام كالرمى يعنى اذا أرسل الكلب أو البازى المعلم على صيد فرجعه فغاب ثم وجده ميتا فان كان لم يقعده عن طلبه حل اذا لم يكن به جراحة أخرى فان كان قعده عن طلبه أو كان به جراحة أخرى لم يحل اه غاية (قوله بخلاف ماإذا كان الخ) قال الاتقانى والوقوع فى الماء مما يمكن الاحتراز عنه فانه قد لا يقع فى الماء بخلاف السقوط على الارض لانه مما لا يمكن الاحتراز عنه فسقط اعتباره (قوله فى المتن وماقتله المعراض) والمعراض سهم بلا ريش ولا نصل يعضى عرضا اه غاية (قوله فخزق) بالخاء والزاى المعجمتين وبالراء تعصف اه مغرب يقال خزق المعراض بالزاى أى نفذ وبالراء المهملة فى الثوب اه

البخاري ومسلم وأحد ولان الجرح لا بد منه لما يناتي قبل والبندقة لا تجرح وكذا عرض المعراض وان رماه بالسكين أو السيف فان أصابه بحدّه أكل وإلا فلا وان رماه بحجر فان كان ثقيلا لا يؤكل وان جرح لاحتمال انه قتله بثقله وان كان الحجر خفيفا وبه حدّة وجرح يحل لتعين الموت بالجرح ونوجعل الحجر طرف بلا كالسهم وهو خفيف وبه حدّة فرمى به صيدا فان جرح حل لقتله بجرحه ولو رماه بعروة حديد ولم تبضع بضعا لا يحل لانه قتله دقا وكذا اذا رماها بان رأسا أو قطع أو داجه أو أبان رأسه لان العروق قد تنقطع بالثقل فوقع الشك ومحتمل أنه مات قبل قطع الاوداج ولو رماه بعود مثل العصا ونحوه لا يحل لانه قتله ثقلا لا جرحا الا اذا كان به حدّة فبضع بضعا فيكون كالسيف والرمح والاصل في جنس هذه المسائل أن الموت اذا حصل بالجرح بيقين حل وان حصل بالثقل أو شك فيه فلا يحل حتما أو احتياطا وان جرحه فمات وكان الجرح مدميا حل بالاتفاق وان كان غير مدم اختلفوا فيه قيل لا يحل لانعدام معنى الذكاة وهو اخراج الدم النجس وشرط النبي صلى الله عليه وسلم اخراج الدم بقوله أنهر الدم بما شئت رواه أحمد وأبو داود وغيرهما وقيل يحل لو ثبان ماق وسعه وهو الجرح واخراج الدم ليس في وسعه فلا يكون مكلفا به لان الدم قد يحبس لغلظه أو لضيق المنفذين العروق وكل ذلك ليس في وسعه وقيل ان كانت الجراحة كبيرة تحل بدون الادماء وان كانت صغيرة لا يحل الا بالادماء لان الكبيرة انما لا يخرج منها الدم لعدمه والدم في الصغيرة لضيق المخرج ظاهرا فيكون التقصير منه وان ذبح الشاة ولم يخرج منها الدم قيل يحل أكلها وقيل لا يحل فالاول قول أبي بكر الاسكاف والثاني قول احمد الصغار ووجه القولين دخل فيما ذكرنا واذا أصاب السهم مخلف الصيد أو قوته فان أدماه حل والا فلا وهذا يؤيد قول من يشترط خروج الدم قال رحمه الله (وان رمى صيدا فقطع عضوا منه أكل الصيد لا العضو) وقال الشافعي رحمه الله لا كل اذا مات الصيد منه لانه مبان بذكاة الاضطرار فيحل كالمبان بذكاة الاختيار بخلاف ما اذا أبين بالذكاة لانه مابين بالذكاة ولقوله عليه الصلاة والسلام ما قطع من بهيمة وهي حية فما قطع منها فهو ميتة رواه ابن ماجه ذكر الحي مطلقا فينصرف الى الحي حقيقة وحكما والعضو المبان منه بهذه الصفة لان المبان منه حي حقيقة لقيام الحياة فيه وكذا حكما لانه يتوهم سلامته بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبر هذا القدر من الحياة حتى لو وقع في الماء وفيه قدر هذا من الحياة يحرم بخلاف ما اذا أبين بذكاة الاختيار لان المبان منه صار ميتا حكما ألا ترى أنه لو وقع في هذه الحالة في الماء أو وقع من الجبل لا يحرم لان مونه حصل بالاباتة حكما فلا يضاف الى غيره وان كان حصل بذلك حقيقة وقوله أبين بالذكاة قلنا حال وقوعه لم يقع ذكاة لقيام الحياة في الباقي حقيقة وحكما على ما بينا وانما يقع ذكاة عند موته وفي ذلك الوقت لا يظهر في المبان انعدام الحياة فيه ولا تعيبه لزواله بالانفصال فصار الحال فيه أن المبان من الحي حقيقة وحكما لا يحل والمبان من الحي صورة لا حكما يحل بأن يبقى في المبان منه حياة بقدر ما يكون في المذبوح فانه في صورة الاحكما بدليل ما ذكرنا من الاحكام من أنه لا يؤثر فيه وقوعه في البئر في هذه الحالة وكذا يحل أكله في هذه الحالة وان كان بكرما فيه من زيادة الايلام بقطع لحمه ولا كذلك المبان منه ما دام صار ميتا لانه حي حقيقة وحكما حتى لا يثبت له شيء من هذه الاحكام قال رحمه الله (وان قطعه أثلاثا والاكثر مما يلي العجز أكل كله) لان المبان منه حي صورة لا حكما لانه يتوهم سلامته وبقاؤه حيا بعد هذه الجراحة فوقع ذكاة في الحال فلي كله كما اذا أبين رأسه في الذكاة الاختيارية وكذا اذا قد نصفين لما ذكرنا بخلاف ما اذا قطع يدا أو رجلا أو أخذ أو ثلثه مما يلي القوائم أو أقل من نصف الرأس حيث يحرم المبان منه لانه يتوهم بقاء الحياة في الباقي وان شرب عنق شاة فأبان رأسها يحل لقطع الاوداج ويكره لما فيه من زيادة الايلام بالذبح الثاني وان شرب ما من قبل القفا فان ما تحت قبل قطع الاداج لا يحل وان لم تمت حتى قطع الاوداج حلت ولو ضرب صيدا فقطع يده أو رجله ولم ينفصل ثم مات ان كان يتوهم التئامه وانه مال حل أكله لانه بمنزلة سائر أجزائه وان كان لا يتوهم بان بقي متعلقا بجلده حل ما سواه دونه لوجود الاباتة معنى

(قوله ولو رماه بحر ونحوه) أي حادّة وهي صفيحة محرّرة وهي الحجر الابيض الرقيق اه غاية (قوله وان تبضع) البضع الشق والقطع اه مغرب (قوله فيل لا يحل) قال الاتقاني رجعه الله لقوله صلى الله عليه وسلم ما أنهر الدم وأفرى الاوداج فكل شرط الانهار وهذا ضعيف عندي لانه كما شرط الانهار شرط فرى الاوداج أيضا وفي ذكاة الاضطرار لم يشترط فرى الاوداج فكذا لا يشترط الانهار اه (قوله وقيل يحل) أي صغيرة كانت الجراحة أو كبيرة وهو الاصح عندي لان أصل الجرح كاف في ذكاة الاضطرار اه اتقاني (قوله لعدمه) كما اذا علفه ورق العناب فاحتبس دمه وخرج الدم حال عدمه فيما ليس بشرط للاباحة اه غاية (قوله وان ذبح شاة ولم يخرج منها دم الخ) انظر عبارة المتن في آخر الذبائح اه (قوله واذا أصاب السهم الخ) ذكر الاتقاني عقيب هذه المسئلة عبارة الوالجي التي نقلتها فيما تقدم في فصل فيما يحل وما لا يحل عند قوله في المتن ولو ذبح شاة فتحرك الخ على قوله وعن أبي حنيفة أنها الخ اه والله الموفق (قوله لما فيه) والذي يخط الشارح لما فيه اه (قوله وان ضرب عنق شاة) أي بسيف وسمي اه هداية

والعبرة للمعانى قال رحمه الله (وحرم صيد المجوسى والوثنى والمرتد) لانهم ليسوا من أهل الذكاة فى حالة الاختيار فكذا فى حالة الاضطرار وكذا المحرم لانه ليس من أهل ذكاة الاختيار فى حق الصيد فكذا لا يكون من أهل ذكاة الاضطرار فيه ويؤكل صيد الكتابى لانه من أهل الذكاة اختيارا فكذا اضطرارا قال رحمه الله (وان رمى صيدا فلم يثخنه فرماه الثانى فقتله فهو للثانى وحل) لانه هو الآخذ وقال عليه الصلاة والسلام الصيد لمن أخذه وانما حل لانعدام المحرج بالاول من حيز الامتناع كان ذكاته ذكاة الاضطرار وهو الجرح أى موضع كان وقد وجد قال رحمه الله (وان أثخنه فلا وحل) لانه لما أثخنه الاول فقد خرج من حيز الامتناع وصار قادرا على ذكاته الاختيارية فوجب عليه ذكاته لما بينا ولذكاة وصار الثانى قاتلا ظلما فيصير وجوده ولو ترك ذكاته مع القدرة عليه بمحرم فبالقتل أولى أن يحرم بخلاف الوجه الاول وهذا اذا كان بحال يسلم من الاول لانموته يضاف الى الثانى أما اذا كان الرمى الاول بحال لا يسلم منه الصيد بأن لا يبقى فيه من الحياة الا بقدر ما يبقى فى المذبوح كاذا أبان رأسه يحصل لان موته لا يضاف الى الرمى الثانى فلا اعتبار بوجوده لكونه ميتا حكما ولهذا لو وقع فى الماء فى هذه الحالة لا يحرم كوقوعه بعد موته ولو كان الرمى الاول بحال لا يعيش منه الصيد لكن حياته فوق حياة المذبوح بأن كان يبقى يوما أو يوما فعند أبى يوسف رحمه الله لا يحرم بالرمية الثانية لان هذا القدر من الحياة لا يعتبر عنده وعند محمد رحمه الله يحرم لان هذا القدر من الحياة معتبر عنده فصار حكمه حكم ما اذا كان الاول يسلم منه فلا يحل قال رحمه الله (وضمن الثانى للاول قيمته غير منقوصة بجراحته) أى ضمن جميع قيمة الصيد غير منقوصة بجراحة الاول لانه أتلف صيدا مملوكا للغير بالذبح لانه مملوك بالاثخان فيلزمه قيمة ما أتلف وقيمته وقت اتلافه كان ناقصا بجراحة الاول فيلزمه ذلك لان قيمة المتلف تعتبر وقت الاتلاف فصار كالو أتلف عبدا مريضا أو شاة مجروحة فانه يلزمه قيمته منقوصا بالمرض أو الجرح وقال صاحب الهداية وغيره نأتى بها اذا علم أن الفعل حصل بالثانى بأن كان الاول بحال يسلم منه والثانى بحال لا يسلم منه ليكون القتل كله مضافا الى الثانى وقد قتل حيوانا مملوكا للاول منفوصا بالجراحة فلا يضمنه كلا كما اذا قتل عبدا مريضا وان علم أن الموت حصل من الجراحتين أو لا يدرى قال صاحب الهداية قال فى الزيادات يضمن الثانى ما نقصته جراحته ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين ثم يضمن نصف قيمته لهما أما الاول وهو ضمان ما نقصته جراحته فلانه مجروح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصته فيضمنه أولا وأما الثانى وهو ضمان نصف قيمته جميعا فلان الموت حصل بالجراحتين فيكون هو متلفا لنصفه وهو مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين لان الاولى ما كانت بصنعه يعنى الجراحة الأولى ما كانت بصنع الثانى فلا يضمنها والثانية ضمنها مرتين فلا يضمنها ثانيا أى الجراحة الثانية ومراده ما نقص بجراحته ضمنها مرة وهو ما ضمنه من النقصان بجراحته أولا وأما الثالث وهو ضمان نصف اللحم فلان بالرمية الأولى صار بحال يحل بذكاة الاختيار ولا رمى الثانى فهذا بالرمى الثانى أفسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف الآخر لانه ضمنه مرتين حيث ضمن نصف قيمته حيا فدخل ضمان اللحم فيه وهذا وهم أن بين المسئلتين فرقا أعنى بين ما اذا حصل القتل بالثانى وحده أو بهما وليس كذلك بل لا فرق بينهما لانه فى الموضعين يضمن الثانى جميع قيمته غير منقوصة بجراحة الاول الا أنه بين فى المسئلة الاولى جميع الحاصل وفى الثانية بين طريق الضمان فنقل ذلك عن فاضيخان أى عدم الفرق بين المسئلتين بيانه أن الرامى الاول اذا رمى صيدا يساوى عشرة فنقصه درهمين ثم رماه الثانى فنقصه درهمين ثم مات فعلى الطريقة الاولى يضمن الثانى ثمانية ويسقط عنه من قيمته درهمان لان ذلك تلف بجرح الاول وهو المراد بقوله غير منقوصة بجراحته وعلى الطريقة الثانية يضمن درهمين أولا لان ذلك القدر من النقصان حصل بفعله وهو المراد بقوله فى الزيادات يضمن الثانى ما نقصته جراحته بقى من قيمته ستة فيضمن نصفها وهو ثلاثة دراهم وهو المراد بقوله ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين يعنى به نصف قيمته حيا ثم اذا مات

(قوله فى المتن وحرم صيد المجوسى والوثنى والمرتد) ولا بأس بأكل سمكة بصيدها مجوسى لانها تحصل من غير تسمية فان المسلم اذا أخذ سمكة وترك التسمية عليها تحل وما يحصل بدون التسمية فالمجوسى وغيره فيه سواء اه نهاية فى الذبائح (قوله وهذا) أى قوله حرم اه

يضمن النصف الآخر بعد الموت وهو ثلاثة أيضا لانه فوت عليه اللحم فلا يضمن النصف الآخر بعد الموت وان كان تفويت اللحم فيه موجودا بقتله لانه ضمن ذلك النصف حيا فلو ضمنه بعد الموت كان تكرر الضمان بأن ضمر فيمنه حيا ثم يضمر قيمة لحمه بعد الموت وهذا لا يجوز وهذا اذا كانت حياته بنية عند رمي الثاني وكان الرمي الثاني بعد ما أثخنه الاول أما اذا كانت حياته خفية بقدر المذبوح فد يضمن الثاني ويؤكل لان موته لا يضاف الى الثاني ولهذا لو وقع في الماء في هذه الحالة لا يحرم وقد ذكرناه من قبل وعنه وقع الاحتراز بقوله فان علم أن الموت حصل من الجراحتين أو لا يدرى ولو رماه معا فأصابه أحدهما قبل الآخر فأثخنه ثم أصابه الآخر أو رماه أحدهما أولا ثم رماه الثاني قبل أن يصيبه الاول أو بعد ما أصابه قبل أن يثخنه فأصابه الاول وأثخنه أو أثخنه ثم أصابه الثاني فقتله فهو للاول ويؤكل وقال زفر رحمه الله لا يحل أكله لان حالة اصابة الثاني غير ممتنع فلا يحل بذكاة الاضطرار فصار كما اذا رماه الثاني بعد ما أثخنه الاول قلنا عند رمي الثاني هو صيد ممتنع فوقع رميه ذكاة ولهذا اشترط التسمية عند الرمي فكذا الامتناع يعتبر عنده الا أن الملك يثبت للاول لان سهمه أخرجه عن حيز الامتناع فلكه بقبل أن يتصل سهم الثاني به حاصله أن المعتبر في حق الحل والضمان وقت الرمي لان الرمي الى صيد مباح فلا يتعقد سببا لوجوب الضمان فلا يتقلب موجبا بعد ذلك وهو ذكاة فعمل المصاب لان الحل يحصل بفعله وفعله هو الرمي والارسال فيعتبر وقته وفي حق الملك يعتبر وقت الاثخان لان به يثبت الملك وزفر يعتبر وقت الاثخان فيهما ولو رماه معا وأصابا مقاتل منهما فهو بينهما لاستوائهما في السبب والبازي والكلب في هذا كالسهم حتى يملكه باثخانه ولا يعتبر ما سكبه دون الاثخان حتى لو أرسل بازيه فأمسك الصيد بجناحه ولم يثخنه فأرسل آخر بازيه فقتل ذلك الصيد كان الصيد للثاني وحل لان بد البازي الاول ليست بيد حافظة لتقام مقام يد المالك أما القتل فهو اتلاف والبازي من أهل الاتلاف فينقل الى صاحبه ولو رمى سهما فأصاب الصيد فأثخنه ثم رماه ثانيا فقتله وهو ما بينا ولو رمى سهما فأصاب سهما موضوعا على حائط فدفعه ومضى السهم الثاني وأصاب صيدا فقتله حل لان اندفاع السهم الثاني بواسطة الاول فأضيف الى راميه كأنه رماه به ولو رمى سهما الى صيد ورمى رجل آخر الى ذلك الصيد أو غيره فأصاب السهم الثاني السهم الاول وأمضاه حتى أصاب الصيد وقتله برجا بنظران كان السهم الاول بحال يعلم أنه لا يبلغ الى الصيد بدون دفع الثاني فالصيد للثاني لانه هو الآخذ حتى لو كان الثاني مجوسيا أو محرما لا يحل وان كان السهم الاول بحال يبلغ الصيد بدون السهم الثاني فالصيد للاول لانه هو السابق في الاخذ وان كان الثاني مجوسيا أو محرما لا يحل استحسانا لانه أوجب زيادة قوة في السهم الاول فأوجب الحرمة احتياطا مجوسي رمى صيدا أو أرسل كلبه فأقبل الصيد هاربا من سهمه أو كلبه فرماه مسلم أو أرسل كلبه عليه فقتله قبل وقوع سهم المجوسي على الارض وقبل رجوع كلبه كره لان فعل المجوسي اعانة لانه لولا فعله لما قدر المسلم على قتله بهذا الرمي والشركة توجب الحرمة والاعانة توجب الكراهة أما اذا فعل ذلك بعد وقوع سهم المجوسي في الارض أو بعد رجوع كلبه فلا يكره لان فعل المجوسي لم يبق حال قدرة المسلم وارساله ولو رمى سهما الى صيد فصرفته الريح عن سننه حل لعدم امكان التحرز عنه بخلاف ما اذا أصاب السهم حائطا أو صخرة فارتد وأصاب صيدا حيث لا يحل لان الرمي قد انقطع بالارتداد الى وراء وكذا اذا ردته الريح الى وراء لا يحل لما قلنا بخلاف ما اذا رجع الى وراء بضربة رجل آخر بسهمه حيث يحل اذا كان رميه بقصد الاصطياد لان الاول انقطع فكان مضافا الى الثاني فيحل ولو انحرف يمنة أو يسرة باصابة الحائط ولم يرجع الى وراء حل لما ذكرنا في الريح ولان قوة الرمي لم تنقطع فيضاف الى الرامي ولو هبت الريح فصرفت السهم فزادت في ذهابه فأصاب الصيد فلا بأس بأكله لان فعل الريح ليس من جنس فعل الرامي فلا يتحقق بهذه الاعانة شبهة الشركة فبقيت الاصابة مضافة الى الرمي قال رحمه الله (وحل اصطياد ما يؤكل لحمه وما لا يؤكل) لقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا مطلقا من غير

(قوله أو أثخنه ثم أصابه الثاني) لا يحل على وجود الرمي قبل الاثخان وهو شرط للحل اه

مناسبة الرهن بالصيد من حيث ان كل واحد من الرهن والاصطياد سبب مباح لتحصيل المال اه غاية (قوله فى المتن ما حوبس شئ بحق) قال الاتقانى وانما قيدنا بالحق لان الرهن كما يصح بالدين يصح بالعين والحق يشملهما وقال القدورى فى شرحه الرهن فى الشرع عبارة عن عقد وثيقة بمال وبذلك ينفصل من الكفالة والحوالة لانهما عقد وثيقة بذمة وينفصل من المبيع فى بدل البائع لانه وثيقة وليس بعقد على ونيقة اه (قوله وأرهنته) قال فى الصحاح رهنته الشئ وأرهنته الشئ بمعنى اه (قوله والجمع) أى جمع الرهن اه (قوله ورهن) فاعلم أن هناجمع رهن وقد صرح بذلك غير الشارح قال فى المغرب والرهن المرهون والجمع رهون ورهان ورهن قال الاتقانى والرهان جمع الرهن كالعباد والزناد فى جمع العبد والزند (٦٣) وقرأ أبو عمر وابن كثير فرهن مضمونة وهى جمع الجمع اه قال فى الصحاح الرهن معروف والجمع رهان مثل حبل وحبال وقال أبو عمرو بن العلاء رهن بضم الهاء قال الاخفش وهى قبيحة لانه لا يجمع فعل على فعل الا قليلا شاذا كما قال وذكر أنهم يقولون سقف وسقف قال وقد يكون رهن جمعا للرهان كأنه يجمع رهن على رهان ثم يجمع رهان على رهن مثل قراش وفرش اه (قوله بأى سبب كان) يعنى معناه لغة مطلق الحبس اه (قوله فهاروى) أى محمد فى الاصل عن أبى يوسف عن الاعمش عن أبرهيم عن الاسود اه اتقانى (قوله ورهنه درعامن حديد) فيه فوائد احداها أنه لا بأس بالبيع والشراء نسيئة ولا كراهة فيه ومن الناس من قال يكره لما فيه من طول الامل فانه روى عن أسامة أنه اشترى شيأ بدراهم نسيئة فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه الصلاة والسلام أن أسامة لطويل الامل والله لا أفعم عينى الا والموت أحب قبل أن أردهما وعامة العلماء يرو ايه بأسا بهذا الحديث وفيه دليل على أنه لا بأس بالاستدانة فان الشراء نسيئة استدانة وكان ذلك مكروها فى ابتداء الاسلام لان النبى صلى الله عليه وسلم كان يشتد فى أمر الدين وكان لا يصلى على من مات وعليه دين ثم رخص فى ذلك ووعد لمن عليه الدين وعدا جميلا وكان يقول ان الله قضى عن العبد المسلم اذا كان عليه دين وهو يريد قضاءه ولكن الافضل للانسان أن يتسارع قضاءه لئلا يدركه الموت وهو عليه فانه لا حائل بين الجنة والعبد بعد الكفر الا الدين الا أن يتفضل الله تعالى عليه فيرضى خصماءه وفيه دليل أنه لا بأس بالشراء والمعاملة مع أهل الذمة اه اتقانى (قوله فجوز كما يجوز الوثيقة) بيانه أن الدين له طرفان طرف الوجوب وطرف الاستيفاء لانه يجب أولا فى الذمة ثم يستوفى المال بعد ذلك ثم الوثيقة بطرف الوجوب الذى يختص بالذمة وهى الكفالة جائزة فكانت الوثيقة التى بطرف الوجوب

قيد بالمأكول اذ الصيد لا يختص بالمأكول قال الشاعر

صيد الملوك أرانب وثعالب ٭ واذا ركبت فصيدى الابطال

ولان اصطياده سبب الانتفاع بجلده أو ريشه أو شعره أو لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع والله أعلم

﴿ كتاب الرهن ﴾

قال رحمه الله (هو حبس شئ بحق يمكن استيفاؤه منه كالدين) هذا حده فى الشرع وهذا اللفظ يدل على الثبوت والدوام ويطلق الرهن على المرهون تسمية للمفعول باسم المصدر يقال رهنت الرجل شيأ ورهنته عنده وأرهنته لغة فيه والجمع رهان ورهون ورهن والرهن فى اللغة مجعل الشئ محبوسا أى شئ كان بأى سبب كان قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة أى محبوسة بوبال ما كسبت من المعاصى وقال الشاعر

وفارقتك برهن لافكاك له ٭ يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا

أى ارتهنت وحبست قلبه فذهبت به يوم التوديع وانما خص قلب المحب عند هاعلى وجه لا يمكن فكاكه وقوله كالدين اشارة الى أن الرهن لا يجوز الا بالدين لانه هو الحق الممكن استيفاؤه من الرهن لعدم تعينه وأما العين فلا يمكن استيفاؤه من الرهن فلا يجوز الرهن بها الا اذا كانت مضمونة بنفسها كالمغصوب والمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد لان الموجب الاصلى فيها المثل أو القيمة ورد العين مخلص على ماعليه الجمهور وهو دين ولهذا لم تصح الكفالة به ولا براءة عن قيمته ويتم وجوب الزكاة على من هو فى يده فى ماله بقدر القيمة ولو كان الواجب هو العين لما ثبتت هذه الاحكام وعند البعض وان كان الموجب الاصلى رد العين ورد القيمة مخلصا ولا يجب الضمان لا بعد الهلاك لكن يجب عنده الهلاك بالقبض السابق ولهذا تعتبر قيمته يوم القبض فيكون رهنا بعد وجود سبب وجوبه فيصح كما فى الكفالة بخلاف الاعيان غير المضمونة كالامانات أو المضمونة بغيرها كالمبيع حيث لا يجوز الرهن بها لعدم وجوبها الا ترى أن الحوالة المفيدة بالاعيان المضمونة بنفسها لا تبطل بهلاكها والمفيدة بغير المضمونة بأعيانها تبطل به ولولا أن الوجوب أو شبهته لوجود سببه ثابت لبطلت والرهن مشروع بالكتاب والسنة واجماع الامة أما الكتاب فقوله تعالى فرهن مقبوضة وأما السنة فما روى عن عائشة رضى الله عنها قالت ان النبى صلى الله عليه وسلم اشترى طعاما من يهودى الى أجل ورهنه درعا من حديد رواه مسلم والبخارى ولقد انعقد الاجماع عليه ولانه وثيقة فى جانب الاستيفاء فيجوز كما تجوز الوثيقة فى جانب الوجوب وهى

الذي يختص بالمال جاز ذكرها أيضا اعتبارا بطرف الوجوب بل بالطريق الاولى لان الاستيفاء مقصود والوجوب وسيلة لهذا المقصود فلما شرعت الوثيقة في حق الوسيلة فلأن تشرع في حق المقصود أولى كذا قال شيخ الاسلام خواهرزاده والوثيقة ما يوثق به الشيء ويؤكد به اه اتقاني (قوله في المتن وإلزام بإيجاب وقبول) قال الشيخ يا كيزاده الذي حجرنا الايجاب لانه تبرع فيتم بالتبرع كالهبة وأما القبول فشرط وفي المحيط مايدل على أنه ركن وأما القبض فشرط اللزوم اه قوله الركن مجرد الايجاب واختلفوا في القبول قال بعضهم انه شرط قاله مسكين وقوله وفي المحيط مايدل على قال الشيخ مسكين والظاهر من المحيط والمنتقى أنه ركن حتى لا يحنث من حلف لا يرهن بدون القبول اه وكتب على قوله في المتن وإلزام بإيجاب وقبول الخ وفي نسخة وإلزام بإيجاب وقبض وعليها فلا سهو والله أعلم وعليها شرح الشيخ يا كيزاده كما شاهدناه ذلك في خطه اه (قوله ولكنه ينعقد بهما) قال بعضهم هذا سهو من الشارح لان الركن الايجاب وحده لان الرهن عقد تبرع وهو يتم بالراهن كالهبة والصدقة اه قال قارئ الهداية (٦٣) ومن خطه نقلت وفيه نظر اذ هو عقد فلا يدمن

الكفالة والحوالة والجامع أن الحاجة الى الوثيقة ماسة من الجانبين فان المتداين قلما يجد من يديه بلا رهن والمديون يأمن بالرهن من التوى بالجحود أو باسراف المديون في ماله بحيث لم يبق منه شيء أو بمصاصة غيره من الغرماء فكان فيه نفع لهما كما في الكفالة والحوالة فشرع قال رحمه الله (ولزم بالايجاب وقبول ويتم بقبضه محوزا مفرغا مميزا) وهذا سهو فان الرهن لا يلزم بالايجاب والقبول لانه تبرع كالهبة والصدقة ولكنه ينعقد بهما ويتم بالقبض فيلزم به قال مالك رحمه الله يلزم بنفس العقد كالبيع والاجارة والجامع أن كل واحد منهما يختص بالمال من الجانبين ولانه عقد وثيقة فأشبه الكفالة فيلزم بالقبول وانخلاف معه بناء على الخلاف في الصدقة والهبة ولنا قوله تعالى وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهن مقبوضة والمصدر المقرون بحرف الفاء في جواب الشرط يراد به الامر والامر بالشيء الموصوف يقتضي أن يكون ذلك الوصف شرطا فيه اذ المشروع بصفة لا يوجد بدون تلك الصفة نظيره قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة أي فليحرر رقبة مؤمنة ولان الرهن عقد تبرع لما أن الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيأ ولهذا لا يجبر عليه فلا يدمن الامضاء بعدم الرجوع كما في الوصية والصدقة والهبة والامضاء يكون بالقبض وقوله محوزا مفرغا مميزا احتراز بالاول عن المشاع وبالثاني عن المشغول وبالثالث عن المتصل فاذا قبضه كذلك تم لوجود القبض على الكمال قال رحمه الله (والتخلية فيه وفي البيع قبض) والصواب أن التخلية تسليم لانه عبارة عن رفع الموانع من القبض وهو فعل المسلم دون المتسلم والقبض فعل المتسلم وانما يكتفي بالتخلية لانه هو وغاية ما يقدر عليه والقبض فعل غيره فلا يكلف به وهذا هو ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله أن الرهن في المنقول لا يثبت الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداء اذ بكون الرهن مضمونا على أحد قبل ذلك فلا يثبت الا بالقبض حقيقة كالغصب بخلاف البيع فان القبض فيه ناقل لضمان من البائع الى المشتري فان المبيع قبل التسليم مضمون على البائع بالثمن ثم ينتقل ذلك الى المشتري بالقبض والاول أصح لما ذكرنا والقياس على الغصب باطل لان قبض الرهن مشروع فأشبه البيع والغصب ليس بمشروع فلا حاجة لنبوته بدون قبض حقيقة وهو النقل قال رحمه الله (وله أن يرجع عن الرهن ما لم يقبضه) أي للراهن أن يرجع عن الرهن ما لم يقبضه المرتهن لما ذكرنا انه تبرع ولا لزوم على المتبرع ما لم يسلم كالهبة والصدقة وفيه خلاف مالك رحمه الله وقد ذكرناه قال رحمه الله (وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين) فلو هلك وقيمته مثل دينه

وجود شطريه وليس في كلام الشارح أنه ركن اه (قوله وقال مالك يلزم بنفس العقد) أي ولا يشترط فيه القبض اه (قوله ولنا قوله تعالى وان كنتم على سفر الخ) وصف الرهن بكونها مقبوضة والنكرة اذا وصفت عمت كقوله والله لا أكلم الا رجلا كوفيا فيقتضي أن يكون كل الرهن مشروعا بهذه الصفة اه اتقاني (قوله ونظيره قوله تعالى) أي قوله تعالى وعدة من أيام أخر وقوله تعالى اه (قوله ولان الرهن عقد تبرع) قال الاتقاني ولانه عقد تبرع بدلالة أن الانسان لا يجبر عليه فلا يتعلق به الاستحقاق الا بعدي ينضم اليه كالوصية ولان الراهن لو مات قبل أن يقبض المرتهن لم تجبر ورثته على القبض فلو تعلق الاستحقاق بمجرد العقد لزم من ذلك

اه اتقاني (قوله ولهذا لا يجبر) أي الراهن اه (قوله عليه) أي على عقد الرهن اه (قوله احترز بالاول عن المشاع الخ) يعني فان رهن ذلك لا يجوز ولكن هل رهنها باطل أو فاسد ينظر في الباب الآتي فان الكلام هناك مجمل اه وسيأتي مفصلا والله الموفق اه (قوله في المتن والتخلية فيه) يريد المصنف أن حكمها حكم القبض حتى تتم به ولا يصح الرجوع بعده في الرهن ولا البيع اه (قوله والقبض فعل المتسلم) قال العيني بعد أن حكى اعتراض الشارح قلت اذا كانت التخلية تسليما فمن ضرورته الحكم بالقبض سواء وجد القبض حقيقة أو لا فافهم اشيخ رحمه الله ذكر الغاية التي يبنى عليها الحكم لانه هو المقصود اه وقال الاتقاني يعني أن الراهن اذا خلى بين المرتهن والمرهون يعتبر قابضا كما اذا فعل البائع مثل ذلك بالمبيع والمشتري وهذا لان قبض الرهن قبض واجب بحكم عقد مشروع فكان كقبض المبيع فهي يكتفي بالتخلية فكذا هنا اه (قوله لا يثبت الا بالنقل) وبه قال أحمد اه ع (قوله بخلاف البيع) أي حيث يكتفي فيه بالتخلية أه

(قوله صار مستوفيا دينه) أي من وقت القبض السابق كما سيأتي (قوله لا يغلق) من باب علم اه (قوله هلك) اي الباقي اه (قوله وهو الحوالة والكفالة) اذ بموت الكفيل لا يسقط الدين فكذا بهلاك الرهن اه (قوله ولا يجوز أن يراد به ذهاب الحق الخ) قال القدوري في شرحه ولا يجوز أن يقال المراد ذهب حقك من الاسالك لان ذلك يعلم مشاهدة ولا من المطالبة بردين آخر لان ذلك لا يمكن حقاله فلم يبق الا أن يكون المراد ذهب حقك من الدين اه اتقاني وكتب مانصه حققت الطحاوي في شرح

صار مستوفيا دينه وان كانت أكثر من دينه فالفضل أمانة وبقدر الدين صار مستوفيا وان كانت أقل صار مستوفيا بقدره ورجع المرتهن بالفضل وقال الشافعي رحمه الله الرهن كله أمانة في يد المرتهن لا يسقط من الدين شيء بهلاكه لقوله صلى الله عليه وسلم لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه رواه الدارقطني قال معناه لا يصير مضمونا بالدين ومعنى قوله له غنمه أي للمرتهن الزوائد وعليه غرمه أي لو هلك كان الهلاك على الراهن ولان الرهن وثيقة فلا يسقط الدين بهلاكه كما اعتبار ابهلاك الصك والشهود ولا بهلاك الوثيقة في جانب الوجوب وهو الحوالة والكفالة وهذا لان الوثيقة برأيها مع بقاء الصيانة وسقوط الدين بهلاك الرهن يفضي الى ان يصير بعرضية الهلاك وهو ضد الصيانة فصار أمانة ضرورة ألا ترى أن ما زاد على قدر الدين أمانة في يد المرتهن والقبض في الكل واحد فلا يثبت الضمان في البعض دون البعض ولنا قوله عليه الصلاة والسلام للمرتهن بعد ما نفق الفرس الرهن عنده ذهب حقك ولا يجوز أن يراد به ذهاب الحق في الحبس لانه لا يتصور حبسه فلا يحتاج فيه الى البيان لانه عليه الصلاة والسلام بعث لبيان الاحكام لا لبيان الحقائق ولان الحق كمر مع فالاضافة فيه دوالى المذكور أولا وقوله عليه الصلاة والسلام اذا عمي الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك بان قال كل واحد منهما لا أدري كم كان قيمته فيكون مضمونا بما فيه من الدين واجماع الصحابة والتابعين رضي الله عنهم على أن الرهن مضمون مع اختلافهم في كيفية الضمان فمذهب عمر رضي الله عنه انه مضمون بالاقل من الدين ومن قيمة الرهن وبه أخذ أصحابنا رحمهم الله وعن علي رضي الله عنه أنه قال يتراادان الفضل وقال الحسن هذا نحمل على حالة بقاء الرهن اذا استوفى المرتهن رد عليه الفضل وقد روى عن محمد بن الحنفية عن علي رضي الله عنه مثل مذهبنا وعند شريح الرهن مضمون بما فيه قلت قيمته أو كثرت حتى لا يرجع واحد منهما على الآخر بعد هلاكه بشيء مطلقا وهذا اختلاف السلف على ثلاثة أقوال واحد منها قول رابع خرج عن الاجماع فلا يجوز ولان الثابت للمرتهن يد الاستيفاء وهو ملك اليد والحبس لان لفظه يفيء عن الحبس على ما بينا والاحكام الشرعية تثبت على وفق معانيها اللغوية ولان الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء وهو أن يكون موصلا له اليه وبثبوت ذلك يملك اليد والحبس ليقع الامن من الجحود بمخافة جحود المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع به فيتسارع الى قضاء الدين أو لقصره فاذا ثبت هذا المعنى ثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهلاك فاو استوفى الدين بعده يؤدي الى الربا لانه يكون استيفاء ثانيا ولا يلزم ذلك حال قيام الرهن لان استيفاء الاول ينتقض بالرد على الراهن فلا يتكرر ولا يقال انما صار مستوفيا ملك اليد لا ملك الرقبة وقد بقي حقه في ملك الرقبة فكان له أن يستوفيه ليأخذ حقه كلا أو صار مستوفيا بالمالية دون العين فيكون له الاستيفاء ثانيا لأخذ حقه في العين كلا لانا نقول لا وجه الى استيفاء الباقي وهو ملك الرقبة بدون ملك اليد أو ملك العين بدون ملك المالية اذ لا تصور ذلك فيسقط الضرورة كما اذا استوفى زيوفا مكان الجياد فان حقه في الجودة يبطل لعدم تصور استيفاء الجودة وحدها بدون العين فاذا لم يملك العين

صار مستوفيا بقدره ورجع المرتهن بالفضل وقال الشافعي رحمه الله الرهن كله أمانة في يد المرتهن لا يسقط من الدين شيء بهلاكه لقوله صلى الله عليه وسلم لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه رواه الدارقطني قال معناه لا يصير مضمونا بالدين ومعنى قوله له غنمه أي للمرتهن الزوائد وعليه غرمه أي لو هلك كان الهلاك على الراهن ولان الرهن وثيقة فلا يسقط الدين بهلاكه كما اعتبار ابهلاك الصك والشهود ولا بهلاك الوثيقة في جانب الوجوب وهو الحوالة والكفالة وهذا لان الوثيقة برأيها مع بقاء الصيانة وسقوط الدين بهلاك الرهن يفضي الى ان يصير بعرضية الهلاك وهو ضد الصيانة فصار أمانة ضرورة ألا ترى أن ما زاد على قدر الدين أمانة في يد المرتهن والقبض في الكل واحد فلا يثبت الضمان في البعض دون البعض ولنا قوله عليه الصلاة والسلام للمرتهن بعد ما نفق الفرس الرهن عنده ذهب حقك ولا يجوز أن يراد به ذهاب الحق في الحبس لانه لا يتصور حبسه فلا يحتاج فيه الى البيان لانه عليه الصلاة والسلام بعث لبيان الاحكام لا لبيان الحقائق ولان الحق كمر مع فالاضافة فيه دوالى المذكور أولا وقوله عليه الصلاة والسلام اذا عمي الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك بان قال كل واحد منهما لا أدري كم كان قيمته فيكون مضمونا بما فيه من الدين واجماع الصحابة والتابعين رضي الله عنهم على أن الرهن مضمون مع اختلافهم في كيفية الضمان فمذهب عمر رضي الله عنه انه مضمون بالاقل من الدين ومن قيمة الرهن وبه أخذ أصحابنا رحمهم الله وعن علي رضي الله عنه أنه قال يتراادان الفضل وقال الحسن هذا نحمل على حالة بقاء الرهن اذا استوفى المرتهن رد عليه الفضل وقد روى عن محمد بن الحنفية عن علي رضي الله عنه مثل مذهبنا وعند شريح الرهن مضمون بما فيه قلت قيمته أو كثرت حتى لا يرجع واحد منهما على الآخر بعد هلاكه بشيء مطلقا وهذا اختلاف السلف على ثلاثة أقوال واحد منها قول رابع خرج عن الاجماع فلا يجوز ولان الثابت للمرتهن يد الاستيفاء وهو ملك اليد والحبس لان لفظه يفيء عن الحبس على ما بينا والاحكام الشرعية تثبت على وفق معانيها اللغوية ولان الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء وهو أن يكون موصلا له اليه وبثبوت ذلك يملك اليد والحبس ليقع الامن من الجحود بمخافة جحود المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع به فيتسارع الى قضاء الدين أو لقصره فاذا ثبت هذا المعنى ثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهلاك فاو استوفى الدين بعده يؤدي الى الربا لانه يكون استيفاء ثانيا ولا يلزم ذلك حال قيام الرهن لان استيفاء الاول ينتقض بالرد على الراهن فلا يتكرر ولا يقال انما صار مستوفيا ملك اليد لا ملك الرقبة وقد بقي حقه في ملك الرقبة فكان له أن يستوفيه ليأخذ حقه كلا أو صار مستوفيا بالمالية دون العين فيكون له الاستيفاء ثانيا لأخذ حقه في العين كلا لانا نقول لا وجه الى استيفاء الباقي وهو ملك الرقبة بدون ملك اليد أو ملك العين بدون ملك المالية اذ لا تصور ذلك فيسقط الضرورة كما اذا استوفى زيوفا مكان الجياد فان حقه في الجودة يبطل لعدم تصور استيفاء الجودة وحدها بدون العين فاذا لم يملك العين

بقي

انه أمانة في مقدار الدين خرق للاجماع فلا يسمع اه (قوله بدون ملك اليد) يعني اذا رد الرهن الى صاحبه يفوت ملك اليد عن المرتهن ولا يمكن القول بالاستيفاء حينئذ لان استيفاء المرتهن دينه من الرهن بدون ملك اليد لا يتصور لانه محال فاذا لم يمكن الاستيفاء وطلب الراهن أداء الدين لا يلزم الربا لانه لم يتكرر الاستيفاء اه اتقاني (قوله فاذا) أي اذا ثبت أن الاستيفاء يقع بالمالية دون العين يثبت العين أمانة في يد المرتهن اه قارئ الهداية وكتب مانصه في هذا الكلام خلل اه من خط قارئ الهداية

(قوله بقي ملك الراهن فيه أمانة) قال في الهداية والاستيفاء يقع بالمالية أما العين أمانة قال الاتقاني وهذا جواب سؤال بأن يقال لانسلم أن الرهن استيفاء الدين من وجه فلو كان استيفاء الدين لانخلو اما ان كان استيفاء لعين الدين أو استيفاء لبدل الدين لاوجه الى الاول لان الرهن ليس من جنس الدين واستيفاء الدين لايكون الامن جنسه ولاوجه الى الثاني لاجماعنا ان الرهن بالمسلم فيه يرد بعد الصرف قبل القبض بخلاف ما لو زمع أن الاستبدال بهما قبل القبض لايجوز فأجاب عنه بهذا فادفع (٦٥) السؤال لان المجانسة باتت باعتبار صفة المالية فكان العين كالكيس فلو كان أوفى حقه من الدراهم في الكيس يكون ما في الكيس مضمونا دون الكيس فكذا هنا ما في العين من صفة المالية مضمون دون العين فانها أمانة لانها ملك الراهن ونفقتها عليه اه (قوله ومعنى قوله صلى الله عليه وسلم لا يغلق الرهن) أي لا يعلق بالدين (قوله غنمه) أي زوائده وعليه غرمه أي نفقته وكلفته اه وكتب ما نصه قال في الفائق يقال غلق الرهن غلوا فاذا بقي في يد المرتهن لا يقدر على تخليصه وكان من أفاعيل الجاهلية أن الراهن اذا لم يرد ما عليه في الوقت المؤقت ملك المرتهن الرهن اه غاية (قوله بأن يصير محلوكا له) أي للمرتهن اه (قوله منها) أي منها أن الرهن أمانة عنده واذا هلك لا يسقط الدين وعندنا يسقط ومنها اه غاية (قوله وهو تعيينه للبيع) أي وقضاء الدين من ثمنه اه (قوله فيسري الى الولد عندنا) لانه صفة شرعية للام فيسري الى الولد لملك الرقبة اه اتقاني (قوله ومنها أن رهن

بقي ملك الراهن فيه أمانة في يده فتكون نفقته حبسا وكفنه ميتا عليه لانها مؤنة الملك ولو اشترى المرتهن لا ينوب قبض الرهن عن قبض الشراء لان عينه أمانة فلا ينوب قبضه عن قبض المضمون وقوله عليه الصلاة والسلام لصاحبه غنمه وعليه غرمه قلنا يحتمل أن يكون الصاحب هو المرتهن كما يقال للضارب صاحب المال وعن أبي يوسف رحمه الله في تفسير الحديث ان الفضل في قيمة الرهن لرب الرهن فلا يكون مضمونا ولا يغلق وان كان فيه نقصان رجع المرتهن بالفضل وعن أبي عبيدة انهما يحتى واحد تقول رجع الرهن الى ربه فيكون غنمه له ويرجع رب الحق عليه فيكون غرمه عليه فاذا كان الحديث مؤولا لا يلزم حجة ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي بأن يصير محلوكا له كذا ذكره الكرخي رحمه الله عن السلف وعن النخعي رحمه الله في رجل دفع الى رجل رهنا وأخذ منه درهما فقال ان جئتك بحقك الى كذا وكذا والا فالرهن لك فقال ابراهيم لا يغلق الرهن فجعله جوابا للمسئلة وموجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء وهذا يحقق الصيانة وان كان فراغ الذمة من ضرورانه بخلاف الصك والشهود لانها لاستيفاء فيهما حتى يسقط دينه بالهلاك فحاصله أن حكم الرهن عندنا صيرورة الرهن محتبسا بدينه باثبات يد الاستيفاء عليه وعنده تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا بالبيع وجعله أوفى به وتقديمه على سائر الغرماء فيخرج على الاصلين عنده مسائل كلها مختلف فيها منها ان الراهن ممنوع من الاسترداد للانتفاع به عندنا لانه يفوت موجبه وهو الاحتباس وعنده لا يمنع منه لانه لا ينافي موجبه وهو تعيينه للبيع ومنها ان حكم الرهن يسري الى الولد عندنا فيحبس مع الاصل وعنده لا يسري لان الولد حادث بعد الاستيفاء في حقيقة الاستيفاء يكون للستوفي فكذا في الاستيفاء الحكمي وعنده لما كان حكم الرهن تعيينه للبيع فتعين عين المبيع لا يوجب تعين عين أخرى له ومنها ان رهن المشاع لا يجوز عندنا لان حكم الرهن وهو الحبس الدائم لا ينصور فيه وعنده يجوز لامكان بيعه ثم كيفية الضمان ماذكر في المختصر وهو أن يكون مضمونا بالاقل من قيمته ومن الدين الى آخر ما ذكره على ما بينا وقال زفر رحمه الله الرهن كله مضمون بالقيمة حتى اذا كان قيمته أكثر من الدين يجب على المرتهن ضمان الفضل لقول علي رضي الله عنه يتراد ان الفضل في الرهن والتراد يكون من الجانبين فيرجع كل واحد منهما على صاحبه بالفضل عند الهلاك ولان الزيادة على الدين مرهونة محبوسة به فتكون مضمونة كما في قدر الدين ومذهبنا مروي عن عمر وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما ولان يد المرتهن يد استيفاء فلا توجب الضمان الا بقدر المستوفى كما في حقيقة الاستيفاء بأن أوفاه دراهم في كيس أكثر من حقه يكون مضمونا عليه بقدر الدين والفضل أمانة والزيادة على الدين مرهونة لضرورة امتناع حبس الاصل بدونها ولا ضرورة في حق الضمان والمراد بالتراد في المروي عن علي رضي الله عنه حالة البيع فانه روي عنه انه قال المرتهن أمين في الفضل وروى ابن الحنفية عنه أنه مثل مذهبنا فلم يبق فيه حجة وكيفية الضمان فيما اذا كان مرهونا بالاعيان المضمونة وقد هلك الرهن أن يقال لمن في يده العين سلم العين الى المرتهن وخذ منه الاقل من قيمة الرهن ومن قيمة العين لان الرهن مضمون بالاقل منهما اذ العين المرهون بها بمنزلة الدين المرهون به فاذا وصل الى المرتهن العين وجب عليه أن يرد قدر المضمون لان الزائد عليه أمانة وان

(٩ – زيلعي سادس) المشاع الخ) ومنها أن للراهن أن ينتفع بالمرهون ويشرب لبنها عندنا لانه باق على ملكه وعند ابن ليلى له ذلك لان فيه ابطال ملك اليد عليه ومنها أن الراهن اذا أعتق عبده المرهون بطل اعتاقه وعندنا ينفذ ويضمن قيمته ان كان موسرا ويكون رهنا مكانه وان كان معسرا سعى العبد في قيمته اه غاية (قوله وعنده يجوز لامكان بيعه) أي واستيفاء الدين من ثمنه اه غاية وروى ابن الحنفية عن علي أنه قال اذا كان الراهن باكثر مما رهن به فهلك فهو بما فيه أمين في الفضل وان كان بأقل مما رهن به رد الراهن الفضل اه اتقاني

(قوله ولا يصح الرهن الا بدين مضمون) وقيد الدين بالمضمون على وجه الثبات ليدخل الجميع الدين المضمون حقيقة او حكما كما في شرح الوهبانية وقيل أريد بالدين المضمون ما كان واجبا بالحال أي لا يصح الا بدين واجب للحال بدين سيجب وأحترز به عن الرهن بالمال فانه لا يصح وهو عبارة عن ضمان الثمن عند استحقاق المبيع وقيل احترازعن بدل الكتابة فان الرهن به لا يصح لان المضمون هو الذي لا يسقط الا بالاداء أو بالابراء وبدل الكتابة ليس كذلك لانه يسقط بتعجيز النفس وفي الفتاوى يجوز الرهن ببدل الكتابة والاصح ما قالاه في شرح الاقطع اه اتقاني (قوله للمرتهن أن يطالب الراهن الخ) قال الكوتي ويبيع الحاكم الرهن في دين المرتهن على قول أبي يوسف ومحمد ولا يبيعه في قول أبي حنيفة ولكن الحاكم يحبس الرهن حتى يؤدي الدين أو يبيع هو الرهن فيؤدي دينه الى هنا لفظ الكرخي قال القدوري في شرحه وهذا نفرع على (٦٦) اختلافهم في الحجر بالفلس فعند أبي حنيفة أن الحاكم لا يبيع مال المفلس ولكن يحبسه حتى يبيعه وعلى قولهما فانه يمتنع من البيع باع عليه اه اتقاني (قوله لكنك الجواب) أي يؤمر المرتهن باحضار الرهن أولا اه غاية (قوله ولا يكلف احضار الرهن) أي ولكن يحلف المرتهن بالله ماهلك الرهن ان طلبه الراهن لانه لا غائب فيحتمل الهلاك فيحلل أيضا الدين فاذا حلف اقتضى دينه اه غاية وكتب ما نصه قال في الكافي واذا طالب المرتهن بالدين أمر المرتهن باحضار الرهن لان قبض الرهن قبض استيفاء فاو أمر بقضاء الدين قبل احضار الرهن فربما يهلك الرهن بعد ذلك أو يكون هالكا قبل ذلك فيصير مستوفيا دينه مرتين فاذا أحضره أمر الراهن بتسليم دينه أولا لينعين حقه كما تعين حق الراهن تحقيقا للتسوية كما في تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن أولا وكذا ان طالبه بالدين في غير بلد الرهن ولا حمل له ولا مؤنة لان بيعه الا ما كان كلها ككتان العقد فيه بالاحمل له ولا مؤنة الا لترى أنه لا يشترط فيه بيان مكان الايفاء في السلم بالاجماع فيؤمر باحضاره وان كان حمل ومؤنة يأخذ دينه ولا يكلف المرتهن على احضار الرهن لان المرتهن عاجز عن الاحضار والتسليم غير واجب في بلد لم يجر فيه العقد ولا هذا نقل والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان ان كان العين أمانة ولكن للمراهن أن يحلفه بالله ما هلك

هلكت العين المرهون بها قبل الرهن فالرهن رهن على حاله بقيمة تلك العين وان هلك الرهن بعد ذلك كان مضمونا بالاقل من قيمته ومن قيمة العين حتى يرجع المرتهن على الراهن بالزائد ان كانت قيمة العين أكثر ولا يرجع الراهن على المرتهن ان كانت قيمة الرهن أكثر لان الفضل من الرهن أمانة كما اذا كان مرهونا بالدين وفيه فضل وقال القدوري في مختصره ولا يصح الرهن الا بدين مضمون وهذا يشير الى أن الرهن بالاعيان المضمونة لا يصح ويمكن أن يقال ان الموجب الاصلي فيها القيمة وهي دين على ما بيناووصف الدين بكونه مضمونا وصف صائع لا فائدة فيه لان الدين لا يكون الا مضمونا وذكر قاضيخان في فتاواه وصاحب المبسوط اذا أخذ المولى ببدل الكتابة من مكاتبه رهنا جاز وان كان لا يجوز أخذ الكفيل به وفي المحيط المكاتب كالحر في الرهن والارتهان وذكر الحلواني أنه على قياس قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز والصحيح الاول لان الرهن بقاء والارتهان استيفاء وهو يملكهما ولو رهن مكاتبه عبدا فأبق العبد عتق المكاتب اذا قضى القاضي بذلك وان رجع الآبق بعد ذلك لا يكون رهنا بكتابته والعبد المأذون له في التجارة كالمكاتب حتى يملك الرهن والارتهان لما ذكرنا قال رحمه الله (وله أن يطالب الراهن بدينه ويحبسه به) أي للمرتهن أن يطالب الراهن بدينه ويحبسه به وان كان الرهن في يده لان حقه باق بعد الرهن والرهن لزيادة الصيانة فلا تمتنع به المطالبة وكذا لا يمتنع به الحبس لانه جزاء الظلم وهو المماطلة على ما بيناه في اقتضاء مفصلا قال رحمه الله (ويؤمر المرتهن باحضار رهنه والراهن باداء دينه أولا) أي اذا طلب المرتهن دينه يؤمر باحضار الرهن أولا ليعلم أنه باق ولان قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز أن يقبض ماله مع قيام بدله الا استيفاء لانه يؤدي الى تكرار الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن وهو محتمل واذا أحضر المرتهن الرهن أمر الراهن بتسليم الدين أولا وهو المراد بقوله والراهن باداء دينه أولا لينعين حق المرتهن في الدين كما تعين حق الراهن في الرهن تحقيقا للتسوية بينهما كما في تسليم المبيع والثمن يحضر البائع المبيع ثم يسلم المشتري الثمن أولا لما ذكرنا وان طالبه بالدين في غير البلد الذي وقع فيه العقد فان كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فكذلك الجواب لان الاماكن كلها كبقعة واحدة في حق التسليم ولهذا لا يشترط فيه بيان مكان الايفاء فيه في باب السلم بالاجماع وان كان له حمل ومؤنة يستوفي دينه ولا يكلف احضار الرهن لانه نقل والواجب عليه التسليم بالتخلية دون النقل لانه يتضرر به زيادة ضرر لم يلزمه في العقد ولو بيع الرهن لا يكلف المرتهن احضار ثمن الرهن لانه لا قدرة له عليه لان

بيعه بأمر الراهن فعم وصار الرهن دينا فصار كأنه رهنه الراهن وهو دين ولو قبض الثمن يكلف احضاره لقيام البدل مقام المبدل والذي بقبض الثمن هو البائع مرتهنا كان أو عدلا لانه هو العاقد وحقوق العقد ترجع اليه وكما يكلف احضار الراهن باستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء بعضه فحصل اذا اذى الراهن هلاكه لاحتمال الهلاك بخلاف ما اذا قتل رجل خطأ العبد الرهن حتى قضى بالقيمة على عاقلته في ثلاث سنين حيث لا يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن جميع القيمة لانه لم يصر دينا بفعل الراهن وانما تقدم صار دينا بفعله ولا يتمكن من احضار جميع القيمة لانه يقوم مقام العين لكونها بدلا عنها ولو وضع الرهن على يد عدل وأذن بالاداء فقبل ثم هلك المرتهن فطلب دينه لا يكلف احضار الرهن لانه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه في قدرته وكذا لو وضعه العدل في يد من في عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذي في يده يقر بالوديعة من العدل ويقول لا أدري لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين لان احضار الرهن ليس على المرتهن لانه لم يقبض منه وكذا اذا غاب العدل ولا يدري أين هو لما قلنا بخلاف ما اذا جحد الذي أودعه العدل الرهن بأن قال هو مالي حيث لا يرجع المرتهن على الراهن بشيء حتى يثبت أنه رهن لانه لما جحد فقد نوى المال والنوى على المرتهن فيستحق الاستيفاء فلا يملك المطالبة به قال رحمه الله (فان كان الرهن في يد المرتهن لا يمكنه من البيع حتى يقضيه الدين) أي لو أراد الراهن أن يبيع الرهن ليكي يقضي بثمنه الدين لا يجب على المرتهن أن يمكنه من البيع لان حكم الرهن الحبس الدائم الى أن يقضي الدين لا القضاء من ثمنه على ما بينا من قبل فلو قضاه البعض فله أن يحبس كل الرهن حتى يستوفي البقية كما في حبس المبيع قال رحمه الله (فاذا قضى سلم الرهن) أي اذا قضى الراهن جميع الدين سلم المرتهن الرهن اليه لزوال المانع من التسليم بوصول حق المرتهن اليه فلو هلك الرهن بعد قضاء الدين قبل تسليمه الى الراهن استرد الراهن ما قضاه من الدين لانه تبين بالهلاك أنه صار مستوفيا من وقت القبض السابق فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء فيجب رده وهذا لانه ما بقاء الدين لا ينفسخ الرهن حتى يرد الى صاحبه فيكون مضمونا على حاله بعد قضاء الدين ما لم يسلمه الى الراهن أو يبرئه المرتهن عن الدين وكذا لو فسخا الرهن لا ينفسخ ما دام في يد حتى كان للمرتهن أن يمنعه بعد الفسخ حتى يستوفي دينه ولو هلك بعد الفسخ يكون كما لو هلك قبله فيكون هالكا بدينه بخلاف ما اذا هلك بعد الابراء حيث لا يضمن استحسانا لانه لم يبق رهنا لان بقاءه رهنا أمر بين بالقبض والدين فاذا فات أحدهما لم يبق رهنا قال رحمه الله (ولا ينتفع المرتهن بالرهن استخداما وسكنى ولبسا وايجارة واعارة) لان الرهن يقتضي الحبس الى أن يستوفي دينه دون الانتفاع فلا يحصل الانتفاع الا بتسليط منه وان فعل كان متعديا ولا يسقط الرهن بالتعدي قال رحمه الله (ويحفظه بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذي في عياله) معناه أن يكون الولد أيضا في عياله لان عينه أمانة في يده على ما بينا فصار كالوديعة وأجيره الخاص كولده الذي في عياله وهو الذي استأجره مشاهرة أو مسانهة والمتعبر فيه المساكنة ولا عبرة بالنفقة حتى لو أن المرأة ولدت فعنه الى زوجها لا تضمن قال رحمه الله (وضمن بحفظه بغير هم وبايداعه وتعديه فيه) لما بينا أن عينه وديعة والوديعة تضمن بالهلاك بهذه الاشياء لكونه متعديا بها فيضمن جميع قيمته كالمغصوب وهل يضمن المرتهن الثاني فهو على الخلاف الذي بينا في مودع المودع في كتاب الوديعة ثم ان قضى القاضي بالقيمة من جنس الدين بالتقيان قصاصا بجرد القضاء اذا كان الدين حالا فلا يطالب كل واحد منهما صاحبه الا بالفضل وان كان مؤجلا يضمن المرتهن قيمته وتكون رهنا عنده لانه بدل الرهن فيكون له حكم أصله فاذا حل الاجل أخذه بدينه وان قضى بالقيمة من خلاف جنس الدين كان الضمان رهنا عنده الى أن يقضيه دينه لانه بدل الرهن فأخذ حكمه وليرهنه خاتما فجعله في خنصره ضمن لانه استعمل الرهن فصار متعديا به والبيق واليسرى في ذلك سواء لان العادة فيه مختلفة ولو جعله في بقية الاصابع كان رهنا على حاله لانه لا يلبس كذلك عادة فكان من باب الحفظ

(قوله لانه لم يصر دينا بفعل الراهن) أي بل بفعل الاجنبي اه (قوله حتى لو أن امرأة الخ) لفظة لو بائتة في خط الشارح (قوله لكونه متعديا بها) فصار غاصبا اه (قوله كالمغصوب) لان الزيادة على مقدار الدين أمانة والامانات تضمن بالتعدي اه هداية (قوله في كتاب الوديعة) يعني أن في تضمين المودع الثاني خلافا فعند أبي حنيفة لا ضمان عليه وعندهما عليه الضمان كالاول اه غاية

(قوله وان وضعه على عاتقه لا يضمن) ثم ينبغي ان تعرف أن المراد بعدم الضمان فيما يعد حفظا واستصلاحا ان لا يضمن ضمان الغصب لأنه لا يضمن أصلا لانه مضمون (٦٨) بالدين فيسقط الدين بهلاكهما هو الاقل من قيمته ومن الدين كما نظائر اذا جعل في اصبع لا يختثره في العرف والعادة وكالثوب اذا ألقاه على عاتقه وبه صرح في شرح الطحاوي اه اتقاني (قوله سواء كان في الرهن فضل) أي على الدين اه غاية (قوله وهو معنى هذا القسم) أي القسم الذي يجب مؤنته على المرتهن اه (قوله اذا كان كله مضمونا) أي بأن كان قيمة الرهن والدين سواء اه

﴿باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز﴾

لما قدم هذا مقدمات الرهن شرع بفصل ما يجوز ارتهانه وما لا يجوز لان التفصيل بعد الاجمال اه اتقاني (قوله في المتن لا يجوز رهن المشاع) قال الاتقاني وعبارات أصحابنا فيه مختلفة قال بعضهم باطل وهو اختيار الكرخي وقال بعضهم فاسد كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي اه وقال الكاكي رحمه الله هذا كرعدم جواز رهن المشاع ولهذا كرأنه باطل أو فاسد وفي المغني والذخيرة اشارة الى أنه فاسد لا باطل حيث قال والمقبوض بحكم الرهن الفاسد مضمون في العصير وفي الرهن الباطل لان الباطل لا ينعقد أصلا فكان كالبيع الباطل والفاسد ينعقد فكان كالبيع الفاسد وشرط انعقاد الرهن أن يكون مالا والمقابل به مالا مضمونا فاذا وجدت شرائط الجواز ينعقد صحيحا واذا فقد شرط من شرائط جوازه ينعقد فاسدا وفي كل موضع لم يكن الرهن مالا أو لم يكن المقابل

لان من باب الاستعمال بغير اذن المالك اذا كان المرتهن امرأة فيضمن لان النساء ليس كذلك فيكون من باب الاستعمال بغير اذن المالك وكذا الطيلسان ان لبسه لبسا معتادا ضمن وان وضعه على عاتقه لا يضمن ولو رهن سيفين فتقلدهما ضامن وفي الثلاثة لا يضمن لان العادة جرت بين الشجعان بتقلد السيفين في الحرب دون الثلاثة ولو رهنه خاتمين فلبس خاتما فوق خاتم فان كان ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن لانه مستعمل والا فلا لانه حافظ قال رحمه الله (وأجرة بيت حفظه وحافظه على المرتهن وأجرة راعيه ونفقة الرهن والخراج على الراهن) والاصل فيه أن ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن بنفسه وبقيته فهو على الراهن سواء كان في الرهن فضل أو لم يكن لان العين باقية على ملكه وكذا منافعه مملوكة له فيكون أصلا ومؤنته عليه لما انه مؤنة ملكه كما في الوديعة وذلك مثل النفقة من مأكله ومشربه وأجرة الراعي مثله لانه علف البهائم ومن هذا الجنس كسوة الرقيق وأجرة ظئر ولد الرهن وكري النهر وسقي البستان وتلقيح نخيله وجذاذه والقيام بمصالحه وكل ما كان لحفظه أو لزيادة في يد المرتهن أو لرد جزء منه فانه واجب الخراج فهو على المرتهن مثل أجرة الحافظ لان الامساك حق له والحفظ واجب عليه فتكون مؤنته عليه وكذلك أجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن وعن أبي يوسف رحمه الله ان أجرة المأوى على الراهن بمنزلة النفقة لانه سعي في تبقيته ومن هذا القسم جعل الآبق اذا كان كله مضمونا لان يد الاستيفاء كانت ثابتة على الحمل ويحتاج الى اعادة يد الاستيفاء ليرد على المالك فكانت من مؤنة الرد فتكون عليه وان كان بعضه أمانة فبقدر المضمون على المرتهن وحصة الامانة على الراهن لان الرد لا عادة اليد ويد في الزيادة يد المالك اذ هو كالمودع فيها فتكون على المالك بخلاف أجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن فان كلها تجب على المرتهن كيفما كان لان وجوبها لاجل الحبس وحق الحبس ثابت له في الكل وأما الجعل فلاجل الضمان فيتقدر بقدره والمدة والفساد من الجناية ينقسم على المضمون والامانة والخراج على الراهن لان مؤنة الملك والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين ولا يبطل الرهن به في الباقي لان وجوبه لا ينافي ملكه ألا ترى انه لو باع الخارج كله في غير الرهن قبل أداء العشر يجوز فكذا اذا أنه يخرج بدل العشر من مال آخر واذا كان ملكه ثابتا فيه بقي رهنا على حاله بخلاف استحقاق جزء شائع من الرهن حيث يبطل الرهن في الباقي لانه يتبين بالاستحقاق انه لا يملك قدر المستحق فكان الرهن شائعا من الابتداء وتبين أن الرهن كان باطلا ولا كذلك وجوب العشر لان وجوبه لا ينافي ملك الراهن لانه في غيره ثم اذا خرج منه العشر خرج ذلك الجزء عن ملكه في ذلك الوقت فلم يوجب شيوعا في الباقي لا طاريا ولا مقارنا وما أداه أحدهما يجب على الآخر بغير أمر القاضي فهو متطوع كما اذا قضى دين غيره بغير أمره وان كان بأمر القاضي وجعله دينا على الآخر رجع عليه وبجعل أمر القاضي من غير تصريح بجعله دينا عليه لا يرجع عليه كما في القطة وعن أبي حنيفة رحمه الله انه لا يرجع عليه اذا كان صاحبه حاضرا وان كان بأمر القاضي لانه يمكنه أن يرفع الامر الى القاضي فيأمر صاحبه بذلك وقال أبو يوسف رحمه الله يرجع في الوجهين وهي فرع مسئلة أطر ان القاضي لا يلي على الحاضر ولا ينفذ أمره عليه لانه لو نفذ أمره عليه لصار محجورا عليه وهو لا يملك هجره عليه عنده وعند أبي يوسف رحمه الله يملك فينفذ أمره عليه والله أعلم

﴿باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز﴾

قال رحمه الله (لا يجوز رهن المشاع) وقال الشافعي رحمه الله يجوز لان موجبه عنده استحقاق بيعه وتعيينه

مضمونا لا يكون الرهن منعقدا اه سيأتي في كلام الشارح في الصحة الا تيعاب يفيد ان رهن المشاع باطل في مسئلة تواصحق بعض الرهن فانه قال في آخرها لانه تبين بالاستحقاق أن الرهن وقع باطلا اه وذكر أن رهن المشغول باطل اه (قوله ولنا) أي فيه وجهان أحدهما اه (قوله أن موجبه ثبوت يد الاستيفاء) والمراد منه اختصاص المرتهن بالرهن حبسا الى أن يقضى الراهن دينه وهذا المعنى لا يتصور في المشاع ، لما بيد لما تثبيت حقيقة الاعلى جزء معين اه اتقاني (قوله فيصير كأنه رهنه وما وهو ما لا) قال الاتقاني وكأنه قال رهنتك يوما وهو ما لا ولو صرح بذلك لا يصح الرهن فكذا هذا اه (قوله لان ثبوت اليد في المشاع لا تتصور) هذا على الوجه الاول اه (قوله ولانه الخ) هذا على الوجه الثاني اه (قوله والشيوع الطارئ يمنع بقاء الرهن) وصورته أن يوكل الراهن العدل ببيع الرهن كيف رأى فيجتمعا ومتى تم البيع انفسخ بعض العين أو يرهن قلبا فيه عشرون درهما فضة بعشرة دراهم فينكسر فيضمن المرتهن نصف القلب وهي حصة المضمون وتبقى حصة الامانة رهنا فيقطع حتى لا يكون متشاعا اه اتقاني وكتب ناصحه في الذخيرة صورته أن يرهن جميع الرهن ثم تفاضا العقد في النصف ورد النصف المرتهن اه (٦٩) (قوله فأشبه الهبة) فان الشيوع الطارئ لا يمنع

لهو المشاع يقبل ذلك ولئن كان استيفاء الحقيق لا يمتنع بالشيوع فكذا الحكمي ولنا ان موجبه ثبوت يد الاستيفاء واستحقاق الحبس الدائم لتحصيل مقصوده وهو الاستيثاق من الوجه الذي بيناوذلك لا يحصل الا بثبوت اليد عليه ولهذا شرط في النص أن يكون مقبوضا بخلاف حقيقة الاستيفاء ، ان موجبها ملك العين المستوفاة فقط لان الحبس والملك يتصوران في المشاع ولا يتصوران الحبس الدائم فيه ، انه يبطل بالمهايأة فيصير كأنه رهنه وما وهو ما لا ولهذا يستوي فيه ما يحتمل القسمة وما لا يحتملها بخلاف الهبة حيث تجوز فيما لا يحتمل القسمة لان موجبها الملك وذلك لا يمتنع بالشيوع وانما يمتنعها لزوم غرامة القسمة وذلك فيما يقسم لا غير ولا يجوز من شريكه أيضا لان ثبوت اليد في المشاع لا تتصور ولانه لو جاز لا مسكه وما بحكم الرهن وبما بحكم الملك فيصير كأنه رهنه وما وما لا بخلاف الاجارة حيث تجوز في المشاع من شريكه لان حكمها التمكن من الانتفاع لا الحبس والشريك متمكن من ذلك فيجوز بخلاف غير الشريك والشيوع الطارئ يمنع بقاء الرهن في رواية الاصل وعن أبي يوسف رحمه الله انه لا يمنع لان حكم البقاء أسهل من الابتداء فأشبه الهبة وجه الاول أن الامتناع لعدم الفضلة وفي ، مثله يستوي الابتداء والبقاء كالمحرمية في باب النكاح بخلاف الهبة لان المشاع لا يمنع حكمها وهو الملك والمنع في الابتداء لتفي الغرامة على ما عرف ولا حاجة الى اعتبار في حالة البقاء ولهذا يصح الرجوع في بعض الموهوب ولا يصح الفسخ في بعض المرهون قال رحمه الله (ولا ثمرة على النخل دونها ولا زرع في الارض دونها ولا نخل في الارض دونها) لان القبض شرط في الرهن على ما بينا ولا يمكن قبض المتصل بغيره وحده فصار في معنى المشاع وعن أبي حنيفة رحمه الله أن رهن الارض بدون الشجر جائز لان الشجر اسم للنابت فيكون استثناء المشاع وإضاعها بخلاف ما اذا رهن الدار دون البناء لان البناء اسم للبنى فتكون الارض جميعها رهنا وهي مشغولة بملك الراهن ورهن النخيل بمواضعها جائز لانه رهن الارض بما فيها من النخيل وذلك جائز ومجاورة ما ليس برهن لا يمنع الصحة ويدخل في رهن الارض النخل والشجر على النخل والزرع والرطبة

بقاءها اه (قوله وفي مثله يستوي الابتداء الخ) قال فصل لو زوج الاب ابنته من مكاتبه جاز ولا يبطل السكاح بموت الاب ولو زوجت مكاتبها ابتداء لا يجوز قلنا ان المكاتب لا يملك بسبب من اسباب الملك فكذا بالوراثة واذا زوجت مكاتبها ابتداء اعما لا يجوز لان الملك ثابت لهما من وجه ونكاح المملوك من وجه لا يجوز اه معراج (قوله فصار في معنى المشاع) قال في الهداية وكذا اذا رهن الارض دون النخيل أو دون الزرع أو النخيل دون الثمر لان الاتصال يقوم بالطرفين فصار

الاصل أن المرهون اذا كان متصلا بما ليس برهون لم يجز لانه لا يمكن قبض المرهون وحده ثم قال وعن أبي حنيفة الى آخره ذكره الشارح اه (قوله فتكون الارض جميعها رهنا الخ) قال الكرخي في مختصره ولا يجوز رهن ثمرة في نخل ولا كرم ولا شجر حتى يجوز رهنه وبسله الى المرتهن ولا رهن ذلك دون ثمرته ولا رهنها دون الارض ولا رهن نخل ولا كرم ولا شجر في أرض دون الارض وكذلك ان رهن زرعا في أرض دون الارض أو رهن الارض دون الزرع ولا يجوز رهن الارض دون ما فيها من نخل أو شجر أو كرم الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وذلك لان المرهون متصل بغيره لا يمكن حبسه دونه فكان في معنى رهن المشاع وذلك باطل لانه لا يتأتى القبض فيه وحده فكذا هذا لهذا المعنى اه قال الاتقاني وأما أن رهن الارض واستثنى النخل بمواضعه جائز في قولهم جميعا لانه رهن ما سواه وذلك بقعة محفوفة بمجاورة لمكان النخل فيصير فيها الرهن كذا ذكر القدوري في شرحه اه (قوله وهي مشغولة بملك الراهن) أي وهو البناء اه (قوله ومجاورة ما ليس برهن لا تمنع الصحة) قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره وان قال رهنتك هذه الدار وأوهذه الدار وأوهذا الارض أو أطلق القول اطلاقا قولهم تقصر شيأ دون شيء دخل البناء والنخل والشجر والكرم الذي في الارض في الرهن وكذلك يدخل الزرع والرطبة في الرهن ولا يشبه الرهن البيع لان الرهن لم يخرج من ملك الراهن بعقد الرهن وخرج من ملك البائع في البيع وهذا قولهم جميعا الى هنا لفظ الكرخي

في مختصره قال القدوري في شرحه وأما البناء والغرس فيدخل في البيع وان لم تشترط صفة البيع الى دخوله فلا تدخل في الرهن ومحمله تقف على دخوله أولى فأما الزرع والطريقة فلا تدخل في البيع وتدخل في الرهن لما بناها في الثمرة أن الرهن لا يصح دون ذلك ودخوله فيه لا يضر بمن ملك الراهن فلذلك دخل تحصيصا للعقد اه اتقاني رحمه الله تعالى (قوله سوى النخل) يعني وما هو في معناها مما هو متصل بالبيع اتصال قرار كالبناء وقد تقدم في المتن أن البناء والشجر يدخلان في البيع بلا ذكر ولما كان حكم النخل وسائر الاشجار والبناء في البيع سواء للعين الجامع فيها وهو الاتصال قرارا اقتصر الشارح على استثناء النخل وهذا مما لا يخفى على آحاد الطلبة فضلا عن الشارح رحمه الله فلا تطرح في كلامه والله اعلم

(٧٠) تعالى أعلم اه كاتبه (قوله ولو استحق بعضه الخ) قال الشيخ أبو الحسن الكرخي فان

والبناء والغرس لانه تابع لاتصاله فيدخل تبعا تحصيصا للعقد بخلاف البيع حيث لا تدخل هذه الاشياء في بيع الارض سوى النخل لان بيع الارض والنخل بدون هذه الاشياء جائز فلا حاجة الى ادخالها في البيع من غير ذكر وبخلاف المتاع الموضوع فيها حيث لا يدخل في الرهن من غير ذكر لانه ليس بتابع بوجه ما ولهذا لو باعها بكل قليل وكثير هو فيها أو منها لا يدخل المتاع وهذه الاشياء تدخل هذه الاشياء في رهن الدار ولو أفرده لما ذكرنا ولو استحق بعضه ان كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحده جاز وذلك بان يكون المستحق موضعا معينا لان رهنه ابتداء يجوز فكذا بقاء وان كان الباقي لا يجوز ابتداء الرهن عليه بان استحق بزا أشاتا أو ما هو في معنى الشاتا كالثوب ونحوه بطل لانه تبين بالاستحقاق أن الرهن وقع باطلا ومنع التسليم كون الراهن أو متاعه في الدار المرهونة تحتى اذا رهن دارا وهو فيها وقال سلمتها اليك لا يتم الرهن حتى يقول بعد ما خرج من الدار سلمتها اليك لان التسليم الاول وهو فيها وقع باطلا لشغلها به فلا بد من تجديد التسليم بعد الخروج منها كما اذا سلمها ومتاعه فيها ومنع تسليم الدابة المرهونة الحمل الذي عليها فلا يتم حتى يلقى الحمل بخلاف ما اذا رهن الحمل دونها حيث يكون رهنا تاما اذا دفعها اليه لان الدابة مشغولة فصار كما اذا رهن متاعا في دار أو وعاء دون الدار والوعاء بخلاف ما اذا رهن مرعى على دابة أو ظهارا في رأسها ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه ويتم ان يسلمه اليه لانه من توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل حتى قالوا يدخل في رهن الدابة من غير ذكر قال رحمه الله (والحر والمدبر والمكاتب وأم الولد) لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء من هؤلاء متعذر لاستحقاقهم الحرية فصاروا كالحر قال رحمه الله (ولا بالامانات والمدرك والمبيع) أي لا يجوز الرهن بهذه الاشياء أما بالامانات كالودعة والعارية والمضاربة ومال الشركة فلان قبض الرهن مضمون بما رهن به لكونه استيفاء بالنقد فلا تدخل ضمان المرهون فيه ليقع الرهن مضمونا بهو يستحق استيفاؤه من الرهن والامانات ليست بمضمونة ولا يمكن استيفاؤهما من الرهن لتعينها حال بقائها وعدم وجوب الضمان بعد هلاكها فصارت كالعبد الجاني والعبد المأذون له في التجارة والشفعة فان الرهن بها لا يجوز لعدم الضمان فان العبد الجاني مضمون على المولى والشفعة غير مضمونة على المشتري بخلاف الاعيان المضمونة كالمغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد حيث يصح الرهن بها لان الوجوب فيها متقرر لان الواجب فيها القيمة والعين مخلص على ما عليه الجمهور أو لقيمة شبهة الوجوب على ما قاله البعض فتكون رهنا بما تقرر وجوبه أو سببه وأما المدرك فلان الرهن استيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب لان معنى المدرك ضمان الثمن عند استحقاق المبيع فما لم يستحق لا يجب على البائع رد الثمن وكذا بعد

رهن الارض بما فيها أو الدار ثم استحق بعض الرهن فلم ترض الى ما بقي فان كان يجوز ابتداء الرهن عليه وحده فهو باق على الرهن بحصته من الدين وان كان ابتداء الرهن لا يجوز عليه بطل الرهن كله الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله يعني ان كان الباقي مغرزا بقي الرهن فيه وان كان شاتا بطل وذلك لان بالاستحقاق تبين ان المستحق لم يكن داخلا في العقد فصار رهنا لما بقي فان كان مغرزا جاز والا فلا قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي وان استحق بعض الرهن بعد حصته فانه ينظر ان كان الباقي بعد ورود الاستحقاق يحمل أن يبقوا الرهن عليه ابتداء فلا يبطل الرهن فيه ويكون الباقي محبوسا بجميع الدين ولكنه يكون محبوسا بحصته من الدين ان قسم الدين على قيمته وقيمة ما استحق منه من حيث انه لو هلك الباقي يهلك بحصته من الدين وان كان في قيمته وفاء بالدين لا يذهب جميع الاستحقاق الدين بخلاف ما اذا رهن الباقي بالدين ابتداء وفيه وفاء بالدين ولو كان الباقي بعد ورود الاستحقاق مما لا يجوز رهنه ابتداء فانه يبطل الرهن اه اتقاني (قوله ويمنع التسليم كون الراهن الخ) وكذا امتناعه في الوعاء المرهون اه (قوله وقال سلمتها اليك) فقال المرتهن قد قبلت اه غاية (قوله فلا يتم حتى يلقى الحمل) أي عنها ويدفعها اه (قوله اذا دفعها اليه) لان الرهن ليس بمشغول بغيره ولا تابعا له فصار كرهن متاع في دار اذا خلى بينه وبينه اه غاية (قوله حتى قالوا) أي قالوا لو رهنه دابة عليها سرج ولجام وبرسن وذلك للراهن دخل في الرهن لانه من توابعه فلا يصح افراده بالرهن دونها اه اتقاني (قوله والاستيفاء من هؤلاء متعذر) أما الحر لعدم المالية وأما البافون اه (قوله أو سببه) أي سبب وجوبه اه وكتب مانصه فيه نظر فتدبر اه

(قوله كما في الصوم والصلاة) أي فإنه يندر بالصوم والصلاة فإنه لا التزام المطالبة بالقول فكذا الكفالة التزام المطالبة لا التزام الدين اه (قوله حيث وقع بالمال) وكذا بعد حاول الدرك لانه لا عقد لوقوعه بالمال ولهذا لا يملك حبسه قاله الكاكي اه (قوله فيعطي المرتهن الراهن ماشاء) فان قال أنا أعطيك ملء ما قال محمد لا يسعه في أقل من درهم اه خلاصة (قوله الا بالاعيان المضمونة بنفسها) وهي التي يجب مثلها عند هلاكها ان كان لها مثل والقيمة ان لم يكن مثل كالمغصوب في يد الغاصب والمهرب في يد الزوج وبدل الخلع في يد المرأة اه بدائع (قوله ولا يجوز بالاعيان المضمونة الخ) كالمبيع في يد البائع اه (قوله وان هلك الرهن الخ) قال الاتقاني فان هلك الرهن في يد المشتري فالمبيع على حاله ويذهب الرهن بغير شيء (٧١) لانه غير مضمون ولو أعطاه المؤجر رهنا بعد الاجارة فالرهن باطل لانه ليس بمضمون عليه لا ترى أنها لو هلكت انفسخت الاجارة كذا ذكر القدوري في شرحه اه (قوله لانه لا عتبار بالباطل) قال في الخلاصة والثاني الرهن بالاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع وذلك لا يجوز أيضا حتى لو هلك الرهن هلك بغير شيء هذا قول أبي الحسن الكرخي وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله هذا خلاف رواية الاصل فانه قال في كتاب الصرف رجل اشترى سيفا فأخذه رهنا فهلك الرهن بضمن الاقل من قيمته ومن قيمة السيف اه وقال في البيانيع أما المضمون بغيره كالمبيع في يد البائع فلا يصح أخذه رهنا به فان أخذه رهنا وهلك في يده فان هلك في يده قبل حبسه ضمن ضمان الغصب وذكر محمد في كتاب الصرف أنه يجوز أخذ الرهن بالمبيع وان هلك في يده قبل قبض المبيع هلك بالاقل من قيمته ومن قيمة المبيع ولا يسقط أيضا الثمن بهلاكه اه وقال العيني في شرح الهداية بعد تقرير عبارة الهداية ان الرهن بالمبيع باطل فلا يكون مضمونا منه وقال تاج الشريعة وفي مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده المشتري اذا أخذ هذا من البائع بالمبيع فان الرهن باطل فلو هلك الرهن في يد المرتهن من غير فعله يهلك مضمونا بالاقل من قيمته ومن المبيع اذا لمرهون مال اه ما قاله العيني قلت فقد صرح في هذا بكون الرهن بالمبيع باطلا وجعل حكمه حكم الرهن المضمون في كونه مضمونا بالاقل من قيمته ومن المبيع وهذا بخلاف ما مشى عليه القدوري وسائر المتون أن الرهن بالمبيع باطل وأنه غير مضمون والمعول على ما في المتون والله الموفق اه

الاستحقاق حتى يحكم برد الثمن ويفسخ البيع لاحتمال أن يجيز المستحق البيع بخلاف الكفالة بحيث تجوز لان الكفالة تجوز تعليقها بشرط ملائم على ما عرف في موضعه وهذا لانها التزام المطالبة والتزام الافعال معلقا أو مضافا الى المال جائز كما في الصوم والصلاة وليس فيها شيء من معنى التمليك ولا كذلك الرهن فانه استيفاء فيكون تمليكا والتمليكات بأسرها لا يجوز تعليقها ولا اضافتها فافترقا ولو قبض الرهن بالدرك قبل الوجوب بالاستحقاق فهلك عند المشتري يهلك أمانة لانه لا عقد حيث وقع باطلا بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو أن يقول رهنتك هذا بألف لتقرضنيه وهلك في يد المرتهن حيث يهلك بما سمي من المال لان الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة بل جعل موجودا اقتضاء لان الرهن استيفاء والاستيفاء لا يسبق الوجوب بل يتلوه فلا بد من سبق الوجوب ليكون الاستيفاء مبنيا عليه ولانه مقبوض فيهبه الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيكون مضمونا عليه بالاقل مما سمي ومن قيمة الرهن اذ أسمى قدر الموعود وان لم يسم قدره بأن رهنه على أن يعطيه شيأ فهلك الرهن في يده يعطي المرتهن الراهن ماشاء لانه بالهلاك صار مستوفيا شأ فيكون بيانه اليه كالوأقر بدين بخلاف المقبوض على سوم الشراء حيث يجب على القابض جميع قيمته لانه مضمون بنفسه كالمبيع العامد والمغصوب فلا يتقدر بغيره ولا كذلك الرهن فانه مضمون بغيره وهو الدين فيكون مقدرا به وروى المعلى عن أبي يوسف رحمه الله أنه يجب قيمة الرهن في الدين الموعود بالغة ما بلغت كالمقبوض على سوم الشراء وأما المبيع فلانه مضمون بغيره فانه مضمون بالثمن حتى اذا هلك ذهب بالثمن فلا يجب على البائع شيء والرهن لا يجوز الا بالأعيان المضمونة بنفسها ولا يجوز بالاعيان المضمونة بغيرها كالرهن وان هلك الرهن بالمبيع ذهب بغير شيء لانه لا عتبار بالباطل فلا يجب على المشتري شيء قال رحمه الله (وان باع بمن دين ولو موعودا) أي الرهن يصح بدين وان كان الدين موعودا ولا يصح بغيره وقد بينا المعنى فيه وهو أن الرهن استيفاء والاستيفاء يتحقق في الواجب وهو الدين ثم وجوب الدين ظاهرا يكفي لصحة الرهن ولا يشترط وجوبه حقيقة حتى لو ادعى على رجل دينا ألف درهم مثلا فأنكر المدعى عليه فصالحه على خمسمائة على الانكار فأعطاه بها رهنا يساوي خمسمائة فهلك الرهن عند المرتهن ثم تصادقا أن لا دين عليه فان المرتهن يضمن قيمته خمسمائة للراهن باعتبار الظاهر ذكره محمد رحمه الله في الجامع وكذا لو اشترى عبدا ورهن بالثمن فهلك ثم ظهر أن العبد حر أو مستحق يجب على البائع أن يضمن الاقل من قيمة الرهن ومن ثمن العبد لان كان ثمانا ظاهرا فيترتب عليه أحكامه لان الاحكام الشرعية تبنى على الظاهر والله تعالى هو الذي يتولى السرائر وكذا لو اشترى عبدا أو ثوبا فدفع كبية أو خلا فرهنه بثمنه ثم باع ظهر

أن العبد حر والشاة ميتة والخل خمر كان الرهن مضمونا لما ذكرنا قال رحمه الله (ورأس مال السلم وثمن الصرف والمسلم فيه) أي يجوز الرهن بهذه الاشياء وقال زفر رحمه الله لا يجوز لان حكمه الاستيفاء وذلك بالاستبدال لاختلاف الجنس والاستبدال حرام في بدل الصرف والسلم ولنا أنه استيثاق من الوجه الذي يتأتى به المقصود بالرهن وانما يصير مستوفيا بالمالية لا بالعين ولهذا تكون عينه أمانة في يد المرتهن حتى يجب نفقته حيا وكفنه ميتا على الراهن ولو كان مستوفيا به لوجب على المرتهن وهما من حيث المالية جنس واحد فيجوز استيفاء لا مبادلة قال رحمه الله (فان هلك صار مستوفيا) لوجود القبض واتحاد الجنس من حيث المالية وهو المضمون فيه هذا اذا هلك الرهن قبل الافتراق وان افترقا قبل الهلاك بطل الصرف والسلم لفوات القبض حقيقة وحكما هذا اذا كان رهنا ببدل الصرف أو برأس مال السلم وان كان رهنا بالمسلم فيه لا يبطل بالافتراق لان قبضه لا يحب في المجلس ثم ان هلك بعد الافتراق صار مستوفيا للسلم فيه فتم السلم كما اذا كان رهنا برأس المال أو ببدل الصرف وهلك قبل الافتراق يصير مستوفيا لدينه حكما قبض الصرف والسلم ولو تقايضا الدين بالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا برأس المال استحسانا حتى يجب به والقياس أن لا يجب به لانه دين آخر وجب بسبب آخر وهو القبض والمسلم فيه وجب بالعقد فلا يكون الرهن بأحدهما رهنا بالآخر كما لو كان عليه دينان دراهم ودنانير وأحدهما رهن فقضاه الذي به الرهن أو أبرأه منه ليس له حبسه بالدين الآخر وجه الاستحسان أنه ارتهن بعجفه الواجب بسبب العقد الذي يجري بينهما وهو المسلم فيه عند عدم الفسخ ورأس المال عند الفسخ فيكون محبوسا به لانه بدله فقام مقامه اذا الرهن بالشئ يكون رهنا ببدله كما اذا ارتهن بالمغصوب فهلك المغصوب صار رهنا بقيمته ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالمسلم فيه لان رهنه بدون كان محبوسا بغيره كمن باع عبدا وسلم المبيع وأخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع له أن يحبسه لاخذ المبيع لانه بدل الثمن ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لانه مرهون به وكذا لو اشترى عبدا شراء فاسدا وأدى ثمنه كان للمشتري أن يحبس المبيع عند الفسخ ليسترد الثمن ثم اذا هلك المبيع يهلك بقيمته فكذا هذا ثم اذا هلك الرهن بالمسلم فيه في مسئلتنا يجب على رب السلم أن يدفع مثل المسلم فيه الى المسلم اليه ويأخذ رأس المال لان الرهن مضمون به وقد بقي حكم الرهن الى أن يهلك فصار رب السلم هلاك الرهن مستوفيا للسلم فيه ولو استوفاه حقيقة ثم تقايلا أو استوفاه بعد الاقالة لزمه رد المستوفى واسترداد رأس المال فكذا هذه وهذا لان الاقالة في باب السلم تحتمل الفسخ بعد ثبوتها فهلاك الرهن لا تبطل (قال رحمه الله (ولا ينبغي أن يرهن بدين عليه عبد الطفله أي لولده الصغير لانه يملك ايداعه وهذا أنظر منه في حق الصبي لان قيام المرتهن بحفظه أبلغ ضمانة الغرامة ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة أمانة والوصي في هذا كالاب لما بينا وعن أبي يوسف وزفر رحمهما الله أنهما لا يملكان ذلك وهو القياس لان الرهن بالمسلم فيه حكما فلا يملكانه كالاب بقية وجه الاستحسان وهو الظاهر أن في حقيقة الأبوة اذا ائتمالك الصغير من غير عوض يقابله في الحال وفي الرهن نصب حافظ لمال الصغير في الحال مع بقاء ملكه فيه فاقترقا واذا جاز الرهن يصير المرتهن مستوفيا دينه عند هلاكه كما مر وكما يصير الاب والوصي موفيا لغيره ويضمنان ذلك القدر للصغير وذكر في النهاية معزيا الى الفتاوى وهو الذي لا يملكان أن قيمة الرهن اذا كانت أكثر من الدين بخمس الاب بقدر الدين والوصي بقدر القيمة لان الاب أشفق على الصبي ولا كذلك الوصي ثم قال وذكر في الذخيرة والمغني التسوية بينهما في الحكم وقال لا يضمنان الفضل لانه أمانة وهو وديعة عند المرتهن ولهما ولاية الايداع وكذا الوسي لطا المرتهن على البيع لانه توكيل على بيعه وهما يملكانه ثم اذا أخذ المرتهن الثمن بدينه وجب عليهما مثله لانهما أوفيا دينهما بما له وأصل هذه المسئلة البيع فان الاب والوصي اذا باع مال الصغير من غريم نفسه تقع المقاصة ويضمنه الصبي عندهما وعند أبي يوسف لا تقع المقاصة فيأخذ البائع الثمن من المشتري للصغير ويأخذ المشتري دينه من البائع وعلى هذا الخلاف الوكيل بالبيع اذا باعه من غريم نفسه تقع

(قوله كان الرهن مضمونا لما ذكرنا) وقال القدوري في شرحه يهلك الرهن في هذه المسائل بغير شئ لان المبيع غير مضمون بنفسه والقبض لم يتم في المشاع والمشغول لم يصح في الظهر والحر كالورهنه بابتداء والمختار قول محمد اه اختيار (قوله يهلك الرهن في هذه المسائل) أعني ما ذكره الشارح وفي رهن المشاع ورهن المشغول بحق الغير اه (قوله في المتن وبرأس مال السلم الخ) قال في اشارات الاسرار اذا أخذ ببدل الصرف ورأس المال في باب السلم رهنا فهلك قبل الافتراق تم القبض استحسانا اه غاية (قوله وان افترقا قبل الهلاك) أي هلاك الرهن اه (قوله صار مستوفيا للسلم فيه) وهذا ليس على اطلاقه لانه انما يصير مستوفيا للسلم فيه اذا كان في الرهن وفاءبه أما اذا كان الرهن أقل منه فلا لانه ترى الى ما قال في باب السلم من شرح الطحاوي فان هلك الرهن في يده صار مستوفيا للسلم فيه وفي الزيادة يكون أمينا وان كانت قيمته أقل من المسلم فيه صار مستوفيا لذلك القدر ويرجع عليه بالباقي اه اتقاني (قوله فيأخذ البائع) وهو الاب أو الوصي اه

قوله رهن الاب متاع الصغير الخ) يعني او رهن الاب متاع الصغير بدين الاب على الصغير أن باع الابن الكبير من الصغير أو رهن الاب متاع أحد ابنيه الصغيرين من الآخر بأن يكون لاحدهما دين على الآخر بأن باع الاب مال أحد الابنين من الآخر بأن يقول مثلا بعت عبد ابني فلان من ابني فلان أو رهن الاب متاع الصغير من عبد تاجر الاب ولادين عى العبد بأن اشترى الاب متاع عبده التاجر الذي لادين عليه لاجل ابنه الصغير فصار العبد دين على الصغير فرهن اب متاع الصغير بدينه عند الاب اه (قوله ولو فعل الوصي ذلك الخ) أي لو رهن الوصي متاع الصغير بدين الوصي على الصغير أو رهن الوصي متاع الصغير بدين ابنه الصغير (٧٣) على الصغير اليتيم أو رهن الوصي متاع الصغير بدين عبد الوصي التاجر الذي لادين عليه على اليتيم أو رهن الوصي عين الوصي بدين لليتيم على الوصي فذلك كله لايجوز لان الواحد لا يتولى طرفي العقد قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي ولا يجوز للوصي أن يرهن متاع اليتيم من ابن له صغير ولا من عبد له تاجر وليس عليه دين لان الرهن منهما كالرهن من نفسه ولو رهن من نفسه لايجوز لما عرف أن الشخص الواحد لا يصلح أن يكون عاقدا من جانبين في عقود تنتهي عقودا متباينة وهذا هكذا ولو رهن من ابنه كبير أو رهن من أبيه أو مكاتبه أو من عبد تاجر عليه دين جاز لان العقد من هؤلاء ليس كالعقد من نفسه ألا ترى أنه ليس له ولاية عليهم بخلاف البيع من هؤلاء عند أبي حنيفة حيث لا يصح لانه اتهم لا يصح لامكان التهمة حتى لو انتفت التهمة بأن بيع بمثل القيمة صح بمثل هذا في الاصل

المقاصة بنفس البيع عندهما ويضمن الوكيل الثمن للموكل وعنده لا يقع واذا كان من أصله أنه لا يحل قضاء دين نفسه بمال الصبي بطريق البيع فكذلك لا يملك بطريق الرهن وعندهما الملك بطريق البيع ملك بطريق الرهن أيضا لان الرهن نظير البيع من حيث وجود المبادلة بوجوب الضمان على المرتهن كوجوب الثمن على المشتري واذا كان للاب أو لابنه الصغير أو لعبده المأذون له في التجارة ولادين عليه دين على ابنه صغير فرهن الاب متاع الصغير من نفسه أو من ابنه الصغير أو من عبده التاجر جاز لان الاب لو فوض رشقته نزل منزلة شخصين وأثبت عبارته مقام عبارتين كما في بيعه مال الصغير من نفسه ولو فعل الوصي ذلك فالمسئلة بحالها لا يجوز لانه وكيل بمعنى والاصل أن الواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن كما في البيع لكثرة كذلك في الاب لما ذكرنا وليس الوصي كالاب فان شفقته قاصرة فلا يعدل عن الحقيقة والرهن من ابنه الصغير ومن عبده التاجر بمنزلة الرهن من نفسه فلا يجوز بخلاف ابنه الكبير وأبيه وعبده الذي عليه دين حيث يجوز رهنه منهم لانه أجنبي عنهم اذ لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع حيث لا يجوز بيعه منهم لانه متهم فيه ولا تهمة في الرهن لان له حكما واحدا وهو أن يكون مضمونا بالاقل من قيمته ومن الدين وذلك لا يختلف بين الاجنبي والقريب ولو رهن الوصي مال اليتيم عند الاجنبي بتجارة باشرها أو رهن اليتيم بدين لزمه بالتجارة صح لان الاصل له التجارة تثمير المال فلا يجد بدا من الرهن اه بيانه اما لو رهن الاب متاع الصغير فادرك الابن ومات الاب فليس للابن أن يسترده حتى يقضي الدين لان تصرف الاب عليه نافذ لازم بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ ولو كان على الاب دين لرجل فرهن به مال الصغير فقضاه الابن بعد البلوغ رجع به في مال الاب لانه مضطر اليه لحاجته الى الانتفاع بماله فأشبه مبعير الرهن وكذا اذا هلك قبل أن ينتكه لان الابن بصير قاضيا بدينه به ولو رهن الاب مال الصغير بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على أمرين جائزين ثم حكمه في حصة دين الاب كحكمه بما لو كان كله رهنا بدين الاب وكذلك الوصي والجد مع الاب ولو رهن الوصي متاعا لليتيم في دين استدانه عليه وقبضه المرتهن ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي هلك من مال اليتيم لان فعل الوصي كفعله بنفسه بعد البلوغ لانه استعار لحاجة الصغير فلا يكون متعديا بذلك ولو هلك الرهن في يد الوصي لا يسقط من الدين شيء لظهور وجه عن ضمان المرتهن بالاسترداد والوصي هو الذي يطالب به على ما مر كان ولو استعار لحاجة نفسه ضمنه للصغير لانه متعد فيه لعدم ولاية الاستعمال في حاجة نفسه ولو غصبه الوصي بعد ما رهنه فاستعمله في حاجة نفسه حتى هلك عنده ضمن قيمته لانه متعد في حق المرتهن بالغصب والاستعمال وفي حق الصبي بالاستعمال في حاجة نفسه فيقضي بالضمان الدين ان كان قد حل فان فضل شيء كان لليتيم لانه بدل ملكه وان لم يف بالدين يقضي من مال اليتيم لان الدين عليه واما بضمن الوصي بقدر ما تعدى فيه وان كان الدين مؤجلا فالقيمة رهن فاذا حل

(١٠ - زيلعي سادس)

أو باكثر من القيمة من هؤلاء يصح ولا تدخل التهمة في الرهن لان حكمه على خط واحد في الاحوال كلها فكان العقد مع الاجنبي والقريب سواء فلا يدخل فيه تهمة كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي اه غاية مع تغيير في بعض عبارته (قوله ولو رهن الاب متاع الصغير الخ) وانما أطلق رهن الاب ولم يذكر أنه رهنه بدين نفسه أو بدين الصغير لان الحكم واحد في الوجهين وكذلك الوصي اذا رهن متاع الصغير ليس له أن يسترد الرهن حتى يقضي الدين بعد البلوغ اه اتقاني (قوله وكذلك اذا هلك) أي الرهن اه (قوله لاشتماله على أمرين جائزين) رهن الاب متاع الصغير بدين نفسه أو بدين الصغير اه (قوله والجد أو أبو الاب) اذا لم يكن الاب أو وصي الاب اه عناية

(قوله بأن كانت قيمته أكثر الخ) فان في اعتبار الوزن اضرارا بالراهن فيما اذا كانت قيمته أكثر من وزنه وفيما اذا كانت قيمته أقل من وزنه اضرار بالمرتهن في اعتبار وزنه اه (قوله وبالعكس جائز عند التراضي به) هذا وقد وقع الاستيفاء بالاجماع لا لمن جنس حقه وقد قبضه على وجه الاستيفاء ولهذا يحتاج الى نقضه اه كافي (قوله لعدم المطالب) ولا يمكن تحقيقه في الشخص الواحد اه كافي (قوله فتعذر التضمين بتعذر النقض) ولانه انما ينقض استيفاؤه اذا لم يرض به وقد رضي به لامعنى قبض الرهن مع علمه بأنه يصير مستوفيا بالهلاك فقد رضي بوقوعه استيفاء بدون صفة الجودة فصار كأنه استوفى الزيوف مكان الجياد وهو ما نبه اه كاكي (قوله وقيل هذه فريعة ماذا استوفى زيوفا مكان الزيوف عنده اه كافي (قوله وقيل لايضمن لان محمدا مع أبي حنيفة الخ اه (قوله قال قول محمد) أي في مسئلة استيفاء الزيوف مكان الجياد اه (قوله فيضمن استيفاء ملحقه) أي من عينها والزيافة لاتمنع صحة الاستيفاء اه كافي (قوله وجعل الضمان رهنا مكانه) والباقي من المنكسر الذي لم يضمن يبقى على ملك الراهن ويكون رهنا مع الضمان ويفسل كيلا يلزم رهن المشاع نبه على هذا الشارح فيما سأتي في القسم الثالث والله الموفق اه لكن قوله كيلا يلزم رهن المشاع لان الشيوع الطارئ في ظاهر الرواية كالشيوع المقارن وعن أبي

كان على ماذكرنا ولو انه غصبه واستهلك حاجة الصغير ضمنه لحق المرتهن لالحق الصغير لان استهلاكه في حاجة الصغير ليس بتعد في حقه وكذا الاخذ لان له ولاية أخذ مال اليتيم ولهذا لو أقر الاب أو الوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لانه لا يتصور غصبه لمال اليتيم لان له ولاية الاخذ فاذا هلك في يديه يضمنه للمرتهن فيأخذ بدينه ان كان قد حل ويرجع الوصي على الصغير لانه ليس بمتعد في حقه بل هو عامل له وان كان لم يحل يكون رهنا عند المرتهن ثم اذا حل الدين يأخذه به ويرجع الوصي على الصبي اما ذكرنا قال رحمه الله (وصح رهن الجوهر والمكيل والموزون) والمراد بالجوهر الذهب والفضة وانما جاز رهن هذه الاشياء لامكان الاستيفاء منها فكانت محلا للرهن قال رحمه الله (فان رهنت بجنسها وهلكت هلكت بمثلها من الدين ولا عبرة للجودة) لان الجودة لا قيمة لها عند المقابلة بالجنس في الاموال الربوية وهذا على اطلاقه قول أبي حنيفة رحمه الله يصير مستوفيا عنده اذا هلك باعتبار الوزن قلت قيمته أو كثرت لما ذكرنا وعندهما الا ان يكون في اعتبار الوزن اضرار بأحدهما بان كانت قيمة الرهن مثل وزنه فكذلك وان كان فيه الحاق ضرر باحدهما بان كانت قيمته أكثر من وزنه أو أقل ضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه لينتقض قبض الرهن ثم يجعل الضمان رهنا مكانه ويملك المرتهن الهالك بالضمان لانا لو اعتبرنا الوزن وحده من غير اعتبار صفته من جودة أو رداءة وأسقطنا القيمة فيه أضررنا بأحدهما ولو اعتبرنا القيمة وجعلناه مستوفيا باعتبارها أدى الى الربا فتعين ماذكرنا وأبو حنيفة رحمه الله يقول ان الجودة ساقطة عند المقابلة بالجنس في الاموال الربوية واستيفاء الجيد بالرديء أو بالعكس جائز عند التراضي به هنا ولهذا يحتاج الى نقضه ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان عليه لعدم المطالبة ولان الانسان لا يضمن ملك نفسه فتعذر التضمين بتعذر النقض وقيل هذه فريعة ماذا استوفى زيوفا مكان الجياد عمل بالزيافة وهي معروفة وقيل لا يصح البناء لان محمدا فيها مع أبي حنيفة رحمهما الله في المشهور عنه وفي هذا مع أبي يوسف وقال فاضيخان ان البناء صحيح لان عيسى بن أبان قال قول محمد أولا كقول أبي حنيفة ومع آخرا كقول أبي يوسف رحمه الله ولئن كان مع أبي حنيفة رحمه الله فالضرر فيه أن الزيوف في تلك المسئلة بيضه استيفاء لحقه وقد تم هلاكه والرهن قبضه ليستوفي من غيره فلا يدخل من نقص القبض وقدر ما يمكن بالتضمين ثم الاصل فيه عند أبي حنيفة رحمه الله أن العبرة للوزن دون الجودة والصياغة لان الوزن أصل والجودة وصف فلا يعتبر الوصف الا عند الضرورة كما في الوصايا والتصرف في أموال الصغار وعند الانكسار فيما اذا كان الرهن مصوغا يضمن المرتهن قيمة المضمون منه بالغا ما بلغ ولا يضمن حصة الاصل فان كان بعضه أمانة وهلك المرتهن المنكسر بقدر ما ضمن وخرج ذلك من أن يكون رهنا وجعل الضمان رهنا مكانه وان شاء الراهن أن ينقك المنكسر بجميع الدين وليس له أن يجعله بالدين لانه حكم جاهلي والاصل عند أبي يوسف رحمه الله أن الجودة والصياغة معتبرة بنفسها غير تابعة للوزن في حق الضمان لانها منقومة متحققا للعبد ولا تجعل تبعا لما لم يؤد الى الربا كما يعتبر في الوصايا وفي مال الصغير حيث يعتبر خروج الجودة من الثلث ولا يجوز لولي الصغير أن يبيعه بمثله من جنسه وفيه أنقص منه فاذا اعتبرت الجودة صارت كأنها عين قنتضم الى الوزن فيقدر الدين من المجموع صار مضمونا والباقي أمانة ثم عند الهلاك يصير مستوفيا لما لم يؤد الى الاضرار بأحدهما والا فان أدى اليه ضمن المرتهن المضمون منه من خلاف جنسه وجعل رهنا مكانه وملك الرهن على ما بيناه وعند الانكسار هو بالخيار ان شاء تمسك بجميع الدين وان شاء ضمنه قيمة الرهن كلها ان كان كله مضمونا وان كان بعضه أمانة يضمنه قدر المضمون منه ويملك المرتهن من الرهن بحسابه وتكون الامانة رهنا على حاله مع الضمان وتفصل الامانة منه كيلا يلزم رهن المشاع وليس له أن يجعل المنكسر بالدين لما ذكرنا

يوسف أن الشيوع الطارئ لا يمنع فلا يحتاج الى التمييز اه كافى (قوله وكل قسم الخ) فصارت الاقسام ستة اه (قوله والقسم الاول) أى بقسميه وهو ما اذا كان الرهن مثل وزن الدين حالة هلاك الرهن وحالة انكساره اه (قوله اما اذا كانت القيمة الخ) فصارت أقسام القسم الاول ستة من ضرب ثلاثة فى اثنتين اه (قوله وينقسم كل قسم الخ) فصارت أقسام القسمين الاخيرين عشرين من ضرب أربعة هى ما اذا كان وزن الرهن أقل من الدين أو أكثر حالة هلاك الرهن أو انكساره فى خمسة والله أعلم اه (قوله فعندهما) أى حنيفة وأبو يوسف اه (قوله ان شاء افتكه) أى ناقصا اه (قوله أو من خلاف جنسه) لانه لا يمكن فيه الربا اه كافى (قوله وملك المرتهن المنكسر) أى بالضمان ولا يجبر الراهن على الفكاك لانه ان ذهب شئ من الدين بذهاب الجودة يصير قابضا بديله بالجودة على الاهراد والجودة لا فيه لهما عند الانفراد ولو أزمناه الفكاك بجميع دينه من غير أن (٧٥) يذهب شئ من الدين مع النقصان حقيقة لتضرر الراهن لفوات حقه فى الجودة لجبرانه على الوجه الذى بينا اه كافى (قوله وعند محمد ان شاء الراهن افتكه) أى ناقصا اه (قوله وان شاء حبسه بالدين) فيصير مالكا للمرتهن بدينه وليس للراهن أن يضمنه قيمته لانه أمانة مضمون بالدين بالاجماع لو هلك فكذا اذا انكسر اعتبارا لحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفكاك بجملة لما مر اصار فى معنى الهالك الحقيقى ولانه بنقص القبض صار مضمونا بالدين بالاجماع على وجه يتقرر الضمان بالهلاك فلا يجوز أن يكون مضمونا بالقيمة لان العين الواحدة لا يجوز أن تكون مضمونة بضمانين مختلفين قلنا طريق صيرورته مضمونا بالدين أن يجعل مضمونا بالقيمة

والاصل عند محمد رحمه الله أن الجودة والصياغة تابعة للاصل وهو الوزن ولا يعتبر فى المعاملات اذا لاقت جنسها ويعتبر فى المضمونات ثم ينظر ان كان فى الوزن وقيمته وفاء بالدين وزيادة يصرف الدين الى الوزن والامانة الى الجودة والصياغة وان لم يكن فى الوزن وفاء وفى قيمته وفاء به صرف من قيمته الى الوزن الى تمام الدين فيجعل مضمونا والزائد أمانة ثم عند الهلاك يصير المرتهن مستوفيا دينه مما يؤدى الى الاشرار باحدهما والى الربا ان أدى الى أحدهما ضمن المرتهن قدر المضمون منه من خلاف جنسه ويكون رهنا بالدين وملك المضمون كقول أبى يوسف رحمه الله وعند الانكسار كان مخيرا ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء جعله بالدين مالم يؤد الى الاضرار بأحدهما والى الربا فيعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك ثم جنس هذه المسائل على ثلاثة أقسام قسم فيما اذا كان الرهن مثل وزن الدين وقسم فيما اذا كان وزنه أقل من الدين وقسم فيما اذا كان وزنه أكثر من الدين وكل قسم ينقسم الى قسمين الى حالة هلاك الرهن والى حالة انكساره والقسم الاول ينقسم الى ثلاثة أقسام اما ان تكون القيمة مثل الوزن أو أقل أو أكثر وينقسم كل قسم من الاخيرين الى خمسة أقسام على مائتين فصار الكل ستة وعشرين فما القسم الاول رهن قلب فضة وزنه عشرة وقيمته عشرة بعشرة فهلك هلك بالدين انفاقا اعتبارا للوزن أو لعدم الضرر باحدهما وان انكسر فعندهما ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء ضمنه قيمته من جنسه أو من خلاف جنسه وجعله رهنا مكانه وملك المرتهن المنكسر وعند محمد ان شاء الراهن افتكه بجميع الدين وان شاء جعله بالدين وان كانت قيمته أقل من وزنه فهلك فعند أبى حنيفة رحمه الله يسعه مستوفيا دينه اعتبارا للوزن وعنده بعض المرتهن قيمته من خلاف جنسه ويكون رهنا الا فى استيفائه ضربا بالمرتهن وان انكسر ضمنه قيمته من خلاف جنسه وملك المضمون وجعل الضمان رهنا بالاتفاق وان شاء افتكه بجميع الدين وليس له أن يجعله بالدين بالاتفاق أما عندهما فظاهر وكذلك عند محمد رحمه الله لان المرتهن يتضرر به كافى حالة الهلاك وان كانت قيمته أكثر من وزنه فهلك صار مستوفيا دينه بالاجماع اعتبار الوزنه وصرفا للامانة الى الجودة والمضمون الى الوزن عند محمد وعند أبى يوسف وان كان يصرف الضمان والامانة الى الوزن والجودة لكن صار مستوفيا بقدر المضمون منهما والباقى منهما أمانة وان انكسر ضمن جميع قيمته من خلاف جنسه عند أبى حنيفة رحمه الله لان وزنه كله مضمون وهو المعتبر عنده وجعل الضمان رهنا وملك المرتهن المنكسر وان شاء افتكه بجميع الدين وعند أبى يوسف رحمه الله يضمن المرتهن بقدر المضمون منه والباقى أمانة حتى اذا كان يساوى خمسة عشر والمستوفى بحصالها خمس وثلثيه عشرة فعلى المرتهن ثلثى العين وثلث العين أمانة يكون رهنا مع بقدر الدين لانه عند استيفاء وسقوط الدين فى الاستيفاء الحقيقى باعتبار أن يجعل مضمونا بالقيمة عليه ثم تقع المقاصة بين ماله وبين ما عليه فكذا فى الاستيفاء الحكمى وجعله مضمونا بالدين فى حال قيامه يؤدى الى اغلاق الرهن وانه حكم جاهلى فى الشرع نصرنا الى التضمين بالقيمة لانه لا يؤدى الى الاغلاق لانتقال حكم الرهن الى مثله اه كافى (قوله لان المرتهن يتضرر به) لانه أدون من حقه اه (قوله وان انكسر ضمن جميع قيمته من خلاف جنسه عندأبى حنيفة) لان الواجب عنده فى حالة الانكسار ضمان القيمة والعبرة للوزن عنده لا للجودة والرداءة فى هذا الباب فان كان باعتبار الوزن كله مضمونا كان كله مضمونا وان كان بعضه فبعضه وجميع الوزن مضمون فتتبعه الجودة لانها تابعة للذات ومتى صار الذات مضمونا استحال أن يكون الوصف أمانة لان التبع لا يخالف الاصل اه كافى (قوله والمسئلة بحالها) بأن كان المن عشرة والوزن كذلك اه

(قوله وعند محمد ان شاء حمله بالدين الخ) قال في الكافي بعد أن صور ما فيما اذا كانت قيمته أكثر من وزنه اثنا عشر وانكسر عند محمد أن انتقص بالانكسار من قيمته درهم أو دهران يجبر الراهن على الفكاك بقضاء جميع الدين وان انتقص أكثر من ذلك لا يجبر الراهن فان شاء حمله للمرتهن بدينه وان شاء فكه ناقصا بحميع الدين لان من أصله ان الضمان في الوزن والامانة في الجودة والصنعة لان الجودة والصنعة لا يعبر للوزن والحط كما في (٧٦) الرهن عن الاصالة هو المضمونية لانه عقد ضمان واستيفاء وصفة الامانة في المرهون

تابعة فيعمل الاصل بمقابلة الاصل والتبع بمقابلة التبع الا أن يفضل شئ من الضمان فحينئذ يصرف الى الجودة ضرورة اه وكتب بامضه محل هذا التخيير اذا كان النقصان بالانكسار أكثر من الزائد على الدين أما اذا كان النقصان بقدر الزيادة على الدين أو أقل فلا كما هو من الحاشية التي هي أعلاها نقلا عن الكافي وسيأتي في كلام الشارح في القسم الثاني فيما اذا كانت قيمته أكثر من الدين خمسة عشر وفي القسم الثالث أيضا اه (قوله وان انكسر خير الراهن الخ) وهذا التخيير بالانفاق من الثلاثة اه (قوله فعند الهلاك خير الراهن ان شاء فكه) لا يخفى أن الافتكاك لا يتصور عند الهلاك فالصواب الاقتصار على التضمين كما في الكافي وغاية البيان وغيرهما (قوله وان انكسر خير الراهن بين الافتكاك الخ) وهذا التخيير أيضا لا خلاف فيه بين الثلاثة والله أعلم (قوله وكذا اذا كانت قيمته مثل الدين عشرة) يعني حكم هذا القسم في حالتي الانكسار والهلاك حكم القسم الذي قبله اه (قوله ان

الضمان بفصل كيلا يكون الرهن مشاعا وان شاء فكه بجميع الدين وليس له أن يحمله بالدين وعند محمد رحمه الله ان شاء حمله بالدين كما في حالة الهلاك وان شاء فكه بجميع الدين * والقسم الثاني وهو ما اذا كان وزنه أقل من الدين بان رهن بعشرة قفيزا وزنه ثمانية مثلا فهو على خمسة أوجه اما أن تكون قيمته مثل وزنه ثمانية أو أقل أو أكثر من وزنه وأقل من الدين تسعة أو مثل الدين عشرة أو أكثر من الدين خمسة عشر فعند الهلاك يصير مستوفيا الدين بقدر وزنه في الوجوه كلها عند أبي حنيفة رحمه الله فيذهب ثمانية من دينه ويرجع بدرهمين على الراهن لان العبرة عنده للوزن دون الجودة والصياغة وعند الانكسار يضمن المرتهن جميع قيمته على وجه لا يكون رهنا فيكون الضمان رهنا وعلك المرتهن المنكسر لان الصبرة للوزن عنده على ما بيناه وزنه جعله مضمونا فيضمن قيمته بالغة ما بلغت ولو بلغت ألوفا وان شاء فكه بالدين كله ولا شئ له عليه لانه لا اعتبار للجودة عنده وعندهما ان كانت قيمته مثل وزنه فهلاك ذهب من الدين بقدر وزنه لا الاضر رعليهما فيه ويرجع المرتهن بالفضل على الراهن وان انكسر خير الراهن بين امضين والافتكاك عند أبي يوسف رحمه الله وعند محمد يخير بين تركه بالدين بقدره وبين الافتكاك وان كانت قيمته أقل من وزنه فعند الهلاك يضمن قيمته ويكون رهنا عنده ولا يحعل بالدين لان فيه ضررا على المرتهن ان ذهب من الدين قدر وزنه وان ذهب قدر قيمته يلزم الربا الا اذا رضي المرتهن بذهاب حقه قدر وزن الرهن لان المنع لحقه وان انكسر خير الراهن بين أن يفتكه بجميع الدين وبين أن يضمنه قيمته من خلاف جنسه أو من جنسه رديئا ويكون رهنا عنده وليس له أن يحمله بالدين عند محمد لما فيه من الاضرار بالمرتهن كما في حالة الهلاك الا برضا المرتهن وان كانت قيمته أكثر من وزنه وأقل من الدين تسعة فعند الهلاك خير الراهن ان شاء فكه وان شاء ضمنه قيمته من خلاف جنسه أو من جنسه جيدا قيمته مثل قيمة الرهن فيكون رهنا عنده لانه لو ذهب من الدين بقدر وزنه يتضرر الراهن وان ذهب بقدر قيمته لزم الربا فتعين ما ذكرنا وان انكسر خير الراهن بين الافتكاك وبين تضمين المرتهن ثم يكون الضمان رهنا عنده وكذا اذا كانت قيمته مثل الدين عشرة لما بيناه من مذهبهما وان كانت قيمته أكثر من الدين خمسة عشر فان هلك غرم المرتهن ثلثيه عند أبي يوسف رحمه الله ورجع بدينه وعلكه للمرتهن وثلثه على ملك الراهن يفصل ويكون رهنا مع الضمان لان الجودة والصياغة معتبرة عنده كالعين وكذا ان انكسر عندنا لما بينا وعند محمد رحمه الله ان هلك ضمن قدر الدين من قيمته من خلاف جنسه ويكون رهنا عنده وان انكسر يتظر ان نقص بالانكسار قدر الزيادة على الدين فلا ضمان على المرتهن لان الزائد عنده أمانة على ما بينا من أصله وان كان النقصان أكثر من الزائد على الدين خير الراهن بين افتكاكه بجميع الدين وبين تضمين المرتهن قدر الدين من قيمته من خلاف جنسه ويكون رهنا عنده والقسم الثالث وهو ما اذا كان وزنه أكثر من الدين بان رهن بلب فضة وزنه خمسة عشر بعشرة دراهم فهو على خمسة أوجه اما ان كانت قيمته مثل وزنه أو أكثر من وزنه أو أقل من وزنه وأكثر من الدين أو مثل الدين أو أقل من الدين فان هلك ذهب بالدين ثلثا مضمونا وثلثه أمانة عند أبي حنيفة رحمه الله كيفما كانت قيمته لانه لا يتعين عند الهلاك الا الوزن وان انكسر فهو بالخيار

(قوله ويعلمه للمرتهن) انما يأتي على تقدير الانكسار لا غير اه (قوله يفصل ويكون رهنا مع الضمان زائد لا معنى له والله أعلم اه (قوله ويكون رهنا عنده) ولا يجبر الراهن على الفكاك بكل الدين اه كافي (قوله فان هلك ذهب) أي الرهن كله اه

ان شاء افتكه بجميع الدين في الصور كلها وان شاء ضمنه ثلثي قيمته بالغا مابلغ لانه لا يعتبر الا الوزن فان كان وزنه كله مضمونا ضمن جميع قيمته وان كان بعضه فبعضه ويكون الضمان رهنا وملك المرتهن قدر ما ضمن من الرهن وهو الثلثان والثلث أمانة يبقى على ملك الراهن ويكون رهنا مع الضمان ويفصل كيلا يلزم رهن المشاع وعند هما ان كانت قيمته مثل وزنه فعند الهلاك يذهب بالدين ثلثه أمانة وثلثاه مضمونا وان انكسر فعند أبي يوسف رحمه الله ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء ضمنه ثلثي قيمته ويكون رهنا مع الباقي على الوجه الذي ذكرنا لابي حنيفة وعند محمد ان شاء جعل ثلثيه بالدين وأخذ ثلثيه وان شاء افتكه بجميع الدين لما عرف من أصله وان كانت قيمته أكثر من وزنه ضمن فان هلك ذهب بالدين مضمونا وأمانة وان انكسر فعند أبي يوسف رحمه الله ان شاء افتكه بالدين وان شاء ضمنه قدر الدين والباقي أمانة يكون رهنا مع الضمان ويفصل لما بينا وملك المرتهن المضمون وعند محمد رحمه الله ان نقص بالانكسار قدر الزائد على الوزن أو أقل لا يعتبر النقصان لان الامانة تصرف اليه عنده فيجبر على الامساك وان زاد النقصان على ذلك حتى صارت قيمته أقل من وزنه خير الراهن ان شاء ترك ثلثيه بالدين وأخذ الثلث وان شاء افتكه بالدين وليس له أن يضمنه لما عرف من مذهبه وان كانت قيمته أقل من وزنه وأكثر من الدين اثنى عشر فان هلك ضمن المرتهن قدر الدين وهو خمسة أسداس قيمة القلب لان العبرة عندهما للوزن والقيمة جميعا بالوزن والقيمة وفاء بالدين وزيادة والمضمون من الرهن عشرة والباقي أمانة وان انكسر ضمنه بحصته وهو عشرة أجزاء من اثنى عشر جزأ منه لان المضمون منه خمسة أسداسه باعتبار القيمة لا باعتبار الوزن لانها معتبرة عندهما وان كانت قيمته مثل الدين ان هلك ضمن المرتهن جميع قيمته لتعذر رجعه مستوفيا باعتبار الوزن أو القيمة وقال في المحيط ضمن المرتهن بقدر ان القيمة معتبرة عندهما مع الوزن ولا وفاء بالقيمة بقدر المضمون من الرهن وهي عشرة لان قيمة العشرة من الرهن أقل من عشرة الدين فيتحرى ان شاء جعله هلاكا بما قابله وان شاء ضمنه عشرة من خلاف جنسه ويكون رهنا عنده وديعة على حاله نفيا للضرر عن نفسه وان انكسر ضمن قيمته لان القيمة معتبرة عندهما مع الوزن وفيه عشرة فيترك جميع القلب عليه بعشرة وان كانت قيمته أقل من وزنه ثمانية ان هلك ضمن قيمته ورجع بدينه لان القيمة لها عبرة مع الوزن عندهما وان وجد الوفاء في الوزن لم يوجد في القيمة فيتغير وله أن يضمن قيمة القلب ثمانية ويكون رهنا عنده وان انكسر ضمن جميع قيمته لما عرف رحمه الله

(ومن باع عبدا على أن يرهن المشتري بالثمن شيأ بعينه فاتمنع لم يجبر وللبائع فسخ البيع الا أن يدفع المشتري الثمن حالا أو قيمة الرهن رهنا) وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز هذا البيع بهذا الشرط وعلى هذا القياس والاستحسان اذا باعه شيأ على أن يعطيه كفيلا حاضرا في المجلس فقبل الكفيل لا تنشرط لا تقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما ومثله مفسد للبيع ولانه صفقة في صفقة وهو منهي عنه وجه الاستحسان أنه شرط ملائم للعقد لان الرهن للاستيثاق وكذا الكفالة والاستيثاق بملائم العقد فاذا كان الكفيل حاضرا في المجلس وقبل اعتبارا للمعنى وهو الملاءمة صح العقد وله أن يركن الرهن ولا الكفيل معينا أو كان الكفيل غائبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة فكان الاعتبار لعينه فيفسد ولو كان الكفيل غائبا فحضر في المجلس وقبل صح وكذا لو لم يكن الرهن معينا فاتفقا على تعيين الرهن في المجلس أو كان المشتري الثمن حالا جاز البيع وبعد المجلس لا يجوز وقوله فاتمنع لم يجبر أي امتنع المشتري من تسليم الرهن لم يجبر على تسليمه وقال زفر يجبر لانه صار كالشرط حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة في عقد الرهن فلنا عقد الرهن تبرع ولا جبر على المتبرع كالواهب غير أن للبائع الخيار ان شاء رضي بترك الرهن وان شاء فسخ البيع لانه وصف مرغوب فيه ففواته يوجب الخيار كسلامة المبيع عن العيب في البيع الا أن يدفع المشتري الثمن حالا لحصول المقصود أو يدفع قيمة الرهن رهنا لان المقصود من الرهن المشروط يحصل بقيمته قال رحمه الله (وان قال البائع أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن فهو رهن) وقال

(قوله وخير الراهن ان شاء ترك ثلثيه) أي لانحاق الانكسار بالهلاك عنده وصيرورته مستوفيا به اه (قوله وان شاء افتكه بالدين) أي وأسقط حقه من انتقصان لان وزن العشرة المضمونة نقصت قيمته بالانكسار اه (قوله ضمن المرتهن جميع قيمته) لان القيمة معتبرة وبها وفاؤه بالدين اه (قوله لتعذر جعله مستوفيا الخ) لئلا يلزم الضرر بالراهن بفوت بقية وزن الرهن اه (قوله وقال في المحيط يتقدر الخ) قال في المحيط (قوله لان القيمة معتبرة عندهما) لئلا يلزم الربا في حق المرتهن اه (قوله لان قيمة العشرة من الرهن أقل من عشرة الدين) أي بثلاثة وثلث اه (قوله وان كانت قيمته أقل من وزنه) لعله وان كانت قيمته أقل من الدين اه (قوله وان وجد الوفاء في الوزن الخ) هذا المحل يحتاج الى تأمل وتحرير اه (قوله قلنا عقد الرهن تبرع) أي من جانب الراهن اه (قوله في المتن وان قال) أي المشتري اه

(قوله ولو كان المبيع شيأ يفسد بالمكث الخ) قال الزوالجي اول الفصل الثالث من البيوع رجل اشترى لحما وسمكا فذهب بعضي مالثمن فأبطأ فخاف البائع أن يفسد بيع المبيع من غيره ويسع للمشتري أن يشتريه وان علم بالقضية أما البائع فلأنه يكون راضيا بالانفساخ وأما المشتري فلأنه لما جاز البائع البيع حمل للمشتري الشراء فان باع بزيادة تحمد في وان باع بنقصان فالنقصان موضوع عن المشتري وهذا نوع استحسان رواه الحسن بن زياد دفعا للضرر عن البائع اه قوله فالنقصان موضوع عن المشتري كذا ذكره القنية في باب ما يقبض المبيع (قوله حتى اذا قبل في أحدهما صح) يعني اذا قال رهنتك هذين العبدين بألف كل واحد منهما بخمسمائة فقبل المرتهن أحدهما دون الآخر صح ما سمي له من الحصة فكذلك في الانتهاء يحتمل التفريق وفي البيع لو قبل أحدهما يصح التفريق فكذلك في الانتهاء اه اتقاني (قوله وهذه الرواية هي الاصح) أي رواية الزيادات قال الاتقاني رحمه الله وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي رحمه الله والصحيح ماذكره في الاصل لان غرضه من هذا التفصيل المقابلة في حق الضمان ولكن على وجه تقع الوثيقة بالجملة فلو جعلناه (٧٨) بسبيل من استرداد البعض عند قضاء بعض المال لبطل معنى الوثيقة والضرر الحاصل بحبس الكل وقد مر تمام البيان مر وفق أول كتاب الرهن عند قوله وان كان الرهن في يد ثلاثة عدول الخ قوله أن يمكنه من البيع حتى يقبضه الدين وينظر ثمة قال الاكرخي في مختصره واذا رهنه عبدين أو ثوبين أو كرطعام أو كرشعير بألف درهم وليس لكل واحد من ذلك شيء من الدين جعله رهنا به فسبيل ذلك أن يقسم الدين على قيمة ذلك الاشياء فما صاب كل عبد أو كل ثوب أو كل كر فهو مضمون بالاقل من ذلك الحصة التي حصته بالقسمة ومن قيمة نفسه الى هلاك الكر الخ وذلك لان الدين لما كان في مقابلة الرهن والضمان منقسم وجب أن ينقسم على المتفقين بالاجزاء على المختلفين بالقيمة كالمبيع بالقيمة شرنبلالية وأما ان سمي لكل واحد منهما حصة من الدين لم تعتبر القيمة فكان كل واحد منهما مضمونا بالاقل من قيمته ومما سمي له لانه جعل في مقابلته مقدار التسمية فلا يعتبر بالقيمة كالمبيعين اذا سمي لكل واحد منهما ثمنا كذا ذكر القدوري في شرحه وقال الحاكم الشهيد في الكافي ولو رهنه شاتين بثلاثين درهما احداهما بعشرين والأخرى بعشرة وأبيين هذه من هذا لم يجز الرهن وذلك لانه لم يبين المقابل بالعشرة من الأخرى فصار المرهون في حق الضمان مجهولا وهي جهالة تفضي الى المنازعة عند هلاك احداهما فأوجب فساد العقد وكذلك في حق الاسترداد ولو سمى كان جائزا وأيتهما هلكت هلكت بما سمي لها اه اتقاني (قوله في المتن ولو رهن عينا عند رجلين صح) هذا اذا لم ينص على ان نصف الراهن على الابعاض وقال رهنت منكما من كل واحد نصفها لا يجوز كذا ذكره صاحب السراج الوهاج في كتاب الهبة وذكر هناك أيضا أنه لو رهن عينا واحدة عند اثنين لاحدهما الثلثان وللآخر الثلث لم يجز وكذا في الخلاصة اه

رفر لما يكون رهنا وسئل عن أبي يوسف رحمه الله لان قوله أمسك يحتمل الرهن ويحتمل الايداع والثاني أظهر فما فيقضي بثبوته بخلاف ما اذا قال أمسكه بدينك أو بما لك علي لانه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن قلنا انه أتى بما ينبئ عن معنى الرهن وهو الحبس الى ايفاء الثمن والعبرة في العقود للمعاني حتى كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط براءة المحيل كفالة الا ترى أنه لو قال ملكتك هذا بكذا يكون بيعا للتصريح بموجب البيع كأنه قال بعتك بكذا ولا فرق بين أن يكون ذلك الثوب هو المشتري أو لم يكن بعد أن كان بعد القبض لان المبيع بعد القبض يصلح أن يكون رهنا بثمنه حتى يثبت فيه حكم الرهن بخلاف ما اذا كان قبل القبض لانه محبوس بالثمن وضمانه يخالف ضمان الرهن فلا يكون مضمونا بضمانين مختلفين لاستحالة اجتماعهما حتى لو قال له أمسك المبيع حتى أعطيك الثمن قبل القبض فهلك انفسخ البيع ولو كان المبيع شيأ يفسد بالمكث كالطعام والجلد فأبطأ المشتري وخاف البائع عليه التلف جاز للبائع أن يبيعه ويسع المشتري أن يشتريه وينصدق البائع بالزائد ان باعه بأزيد من الثمن الاول لان فيه شبهة قال رحمه الله (ولو رهن عبدين بألف لا يأخذ أحدهما بقضاء حصته كالمبيع) لان المجموع محبوس بكل الدين فيكون الجميع محبوسا بكل جزء من أجزاء الدين تحصيلا للمقصود وهو المبالغة في الحمل على الايفاء فصار كالمبيع في يد البائع وهو المراد بقوله كالمبيع في يد البائع فان سمى لكل واحد منهما شأ من الدين الذي رهنه به فكذلك الجواب في رواية الاصل لان العقد متحد فلا يتفرق بالتسمية كالمبيع وفي الزيادات له أن يقبض أحدهما اذا أدى ما سمي له لان التفريق يثبت في الرهن بتسمية حصة كل واحد منهما لان قبول العقد في أحدهما لا يكون شرطا لحصة العقد في الآخر حتى اذا قبل في أحدهما صح فيه بخلاف البيع لان العقد فيه لا يتعدد بتفصيل الثمن ولهذا لو قبل البيع في أحدهما دون الآخر بطل البيع في الكل لان البائع يتضرر بتفريق الصفقة عليه لما أن العادة قد جرت بضم الردي الى الجيد في البيع فيلحقه الضرر بالتفريق ولا كذلك الرهن لان الراهن لا يتضرر بالتفريق ولهذا لا يبطل به وهذه الرواية هي الاصح قال رحمه الله (ولو رهن عينا عند رجلين صح) سواء كانا شريكين في الدين أو لم يكونا

يكن فيه ويكون جميع العين رهنا عند كل واحد منهما لان الرهن أضيف الى كل العين فى صفقة واحدة لا يكون شائعا باعتبار تعدد المستحق لان موجبه جعله محبوسا بالدين وهو لا يقبل الوصف بالتجزى فصار كله محبوسا بدين كل واحد منهما اذ لا تضايق فى استحقاق الحبس ولهذا الرهن لا ينقسم على أجزاء الدين بل يكون كله محبوسا بكل الدين وكل جزء من أجزائه فكذا هنا يكون محبوسا بدينهما وبدين كل واحد منهما على الانفراد وبكل جزء من أجزاء دينهما فلا شيوع بخلاف الهبة من رجلين حيث لا يجوز عند أبى حنيفة رحمه الله لان العين تنقسم عليهما للاستحالة ثبوت الملك لكل واحد منهما فى الكل فيثبت الشيوع ضرورة (فان تهايا فكل واحد منهما فى قوته كله للعدل فى حق الآخر وهذا اذا كان مما لا يتجزأ فقط وان كان مما يتجزأ وجب أن يحبس كل واحد منهما النصف فان دفع أحدهما كله الى الآخر وجب أن يضمن الدافع عند أبى حنيفة رحمه الله خلافا لهما وأصل المسئلة الوديعة فيما اذا أودع عند رجلين شيأ يقبل القسمة فدفع أحدهما كله الى الآخر فان الدافع يضمن عند أبى حنيفة رحمه الله خلافا لهما والمضمون على كل حصة دينه) لان كل واحد منهما يصير مستوفيا بالهلاك لدلالة أحدهما أولى من الآخر فيقسم عليهما لان الاستيفاء لما يقبل التجزى قال رحمه الله (فان قضى دين أحدهما فالكل رهن عند الآخر) لان كله محبوس بكل جزء من أجزاء الدين فلا يكون له استرداد شئ منه مادام شئ من الدين باقيا كما اذا كان المرتهن واحدا وكالمبيع اذا أدى أحد المشترين حصته أو مشتركا حصة بعض المبيع واذا رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا واحدا فهو جائز والرهن رهن بكل الدين وللمرتهن أن يمسكه حتى يستوفى جميع الدين لان قبض الرهن يحصل فى الكل من غير شيوع فصار هو وتغير البائع وهما تغير المشترين قال رحمه الله (ويطل بينة كل واحد منهما على رجل أنه رهنه عبده وقبضه) معناه أن رجلا فى يده عبدة قام رجلان بينة أنه رهنه العبد المذكور فى يده فهو باطل لان كل واحد منهما أثبت بينته أنه رهنه كل العبد فلا تتصور ذلك لان العبد الواحد يستحيل أن يكون كله رهنا لهذا وكله رهنا لهذا فى حالة واحدة فيتنع القضاء به لاحدهما لعدم الاولوية ولا وجه الى القضاء بالنصف لانه يؤدى الى الشيوع فتعذر العمل بالبينتين فتهاترتا ولا يمكن أن يقدر كلتيهما تهاترتا معا استحسانا لجهالة التاريخ لان ذلك يؤدى الى العمل بخلاف ما اذا اقتضتا لجة لان كلا منهما أثبتت بينته حبسا يكون وسيلة الى تملك كل العبد بالاستيفاء والقضاء فثبت حبس يكون وسيلة الى تملك شطره بالاستيفاء فلا يكون عملا على وفق الحجة فكان العمل بالقياس أولى لقوة أثره المستمر وهو أن كل واحد منهما ما يثبت الحق بينته على حدة ولم يرض بزواحة الآخر بخلاف ما اذا ارتهنه لجلة لان العقد فيه من جانب الراهن واحد وهما يثبت كل واحد منهما عقدا آخر والرهن يعقد بين مختلفين لا يجوز ويخلاف ما لو كان ذلك بعد موت الراهن على ما بينا من الفرق فاذا وقع باطلا فاذا هلك هلك أمانة لان الباطل لا حكم له هذا اذا لم يؤرخا فان أرخا كان صاحب التاريخ الاقدم أولى لانه أثبته فى وقت لا ينازعه فيه أحد وكذا اذا كان الرهن فى يد أحدهما كان صاحب اليد أولى لان تمكنه من الف دليل على صحة دعوى نكاح امرأة أو شراء عبد من واحد قال رحمه الله (ولو مات راهنه والعبد فى أيديهما فبرهن كل على ما وصفنا كان فى يد كل واحد نهما نصفه رهنا بجميعه) وهذا استحسان وهو قول أبى حنيفة ومحمد وفى القياس هذا باطل وهو قول أبى يوسف رحمه الله لان المقصود من الرهن الحبس للاستيفاء وهو الحكم الاصلى لعقد الرهن فيكون الحكم به حكما بعقد الرهن اذ لا يثبت الحكم بدون علته وأنه باطل للشيوع كما فى حالة الحياة وجه الاستحسان أن العقد لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وحكمه فى حالة الحياة الحبس والشائع لا يقبله وبعد الموت الاستيفاء بالبيع من غنمه والشائع يقبله فصار كما اذا ادعى رجلان نكاح امرأة وأقدعت أختان أو خمس نسوة النكاح على رجل فان البينتين تهاترتا فى حالة الحياة وقبلناها بعد الممات لان حكمها فى حالة الحياة ثبوت ملك النكاح وهو لا يقبل الانفساخ ولا الشركة وبعد الممات ثبوت ملك المال بالارث وهو يقبل الشركة والانفساخ وقوله والعبد فى أيديهما وقع اتفاقا حتى لو لم يكن

(قوله فان تهايا الخ) قال فى الايضاح فاذا تهايا فأمسك هذا وما والآخر وما فان كل واحد فى اليوم الذى يمسك كالعدل فى حق الآخر اذا هلك صار كل واحد منهما مستوفيا بقدر حقه لان الاستيفاء بما يقبل الوصف بالتجزى اه اتقانى (قوله فى المتن فان قضى دين أحدهما فالكل رهن عند الآخر) قال فى الذخيرة شامل ولو قضى دين أحدهما ليس له أخذ شئ منه لما عرف أنه رهن عند كل واحد بتمامه فان هلك عنده بعد ما قضى دينه يسترد ما أعطاه كما لو كان واحدا اه اتقانى (قوله واذا رهن رجلان الخ) قال الاتقانى وهذه المسئلة ليست مذكورة فى الجامع (قوله فالبينتان) الذى يخط الشارح فان البينتان اه

﴿ باب الرهن يوضع على يد عدل ﴾

لما ذكر حكم الرهن اذا كان في يد المرتهن ذكر حكمه اذا كان في يد العدل وهو الذي شق الراهن والمرتهن يكون الرهن في يده لانه نائب عن المرتهن والنائب يقف المنوب اه ا تقاني (قوله لان يد العدل الخ) ما أحسن قوله في الكافي لان العدل نائب عن الراهن لا عن المرتهن ولهذا لو هلك ضمان بان هلاك في يده (٨٠) ثم استحق رجل يرجع به على الراهن دون المرتهن والرهن لا يسقط بقبض الراهن وان انفقا عليه فكذا بقبض العدل اه (قوله بما ضمن) متعلق بقوله قبيل يرجع اه (قوله في المتن وبهلك في ضمان المرتهن) قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي وقبض العدل الرهن بمنزلة قبض المرتهن في حكم صحته وضمانه بالدين اذا هلك بلغنا ذلك عن ابراهيم والشعبي وعطاء والحسن وقال ابن أبي ليلى ان هلك في يد العدل لم يبطل الدين وان مات الراهن والمرتهن أسوة الغرماء فيه وذلك لانه لم يكن في يده فقد بطل الرهن والحاصل أن الرهن هل ينعقد بوصف الصحة واللزوم بقبض العدل عندنا ينعقد وعنده لا ينعقد هو يقول وجود الرهن بقبض المرتهن ولم يوجد لحقيقة ولا تقدر الان العدل نائب عن الراهن لا عن المرتهن اه غاية (قوله وأتلفه المدفوع اليه) أو تلف في يده اه كافي (قوله يصير قاضيا) أي ما وجب عليه بالضمان اه غاية (قوله وبينهما تناف) قال الاتقاني للتنافي بين أن يكون الواحد مسلما ومتسلما اه (قوله ليفعل ذلك) أي يأخذ القيمة الواجبة على العدل بالضمان منه العدل

العبد في أيديهما وأثبت كل واحد فيه الرهن والقبض كان الحكم كذلك ولهذا لم تذكر اليد في المسئلة الاولى

﴿ باب الرهن يوضع على يد عدل ﴾

قال رحمه الله (ووضع الرهن على يد عدل صح) وقال زفر وابن أبي ليلى لا يصح لان يد العدل يد المالك ولهذا يرجع عليه اذا استحق الرهن بعد الهلاك وبعد ما ضمن العدل قيمته بما ضمن للمستحق فاعدم القبض ولنا أن يد من المالك في الحفظ لكون العين أمانة وفي حق المالية يد المرتهن لان يد من ضمان والمضمون هو المالية فنزل منزلة شخصين ليتحقق ما قصداه لان كلا منهما أمر فصارت يده كيدهما ولهذا لا يكون لاحدهما أن يأخذه منه على الخصوص ولو كانت يد يد أحدهما على الخصوص كما له أن يسترد منه ويجوز أن يجعل اليد الواحدة في حكم يدين ألا ترى أن الساعي يده جعلت كيد الفقير ويد صاحب المال حتى اذا هلكت الزكاة في يد أحدهما ولو قدم الزكاة قبل الحول فانتقص المال وتم الحول على الناقص يتم النصاب عما في يد الساعي كأنه في يد المالك فتجب عليه الزكاة ولا يملك استرداده ولو لم يجعل كأنه في يد المالك لم يتم به النصاب ولم تجعل يده كيد الفقير لملك استرداده وانما رجع العدل على المالك بما ضمن للمستحق لان هذا الضمان ضمان الغصب وذلك يتحقق بالنقل والتحويل ووجد ذلك من العدل والراهن ولو جعلنا من المرتهن فلا يجب عليه بخلاف ما اذا اتفق البائع والمشتري على وضع المبيع في يد عدل حيث يكون يد يد البائع حتى لا يجب على العدل ضمان لان في جعله نائبا عن المشتري تغيير موجب العقد فان موجب عقد البيع أن تكون يد البائع على المبيع يد نفسه في حق العين والمالية جميعا لانه ليس بنائب عن المشتري بوجه ما وفي قبض المشتري كانت يده يد نفسه ولا تكون يد البائع يد وجه ما بل هي يد المشتري في حق العين والمالية فاذا كان في جعله نائبا عنهما تغيير حكم البيع اعتبرنا البائع نائبا عن البائع لان اليد كانت له في الاصل ولا كذلك الرهن لان عينه أمانة في يده بل في يد المرتهن أيضا والمالية فيه هي المضمونة وهي حق المرتهن فأمكن أن يقوم شخص واحد مقامهما لاختلاف حقهما فيه وعدم تغيير موجبه قال رحمه الله (ولا يأخذه) أي من يد العدل لانه تعلق به حقهما لان حق الراهن تعلق في الحفظ بيده وأما تعلق حق المرتهن في الاستيفاء فلابطال كل واحد منهما ابطال حق الآخر قال رحمه الله (ويهلك في ضمان المرتهن) لان يده في حق المالية يد المرتهن والمالية هي المضمونة وتوضع العدل الرهن الى أحدهما ضمن لانه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية وكل منهما أجنبي عن الآخر والمودع يضمن بالدفع الى الاجنبي واذا ضمن العدل قيمة الرهن بالتعدي فيه اما بالتلف أو بدفعه الى أحدهما وأتلفه المدفوع اليه لا يقدر العدل أن يجعل القيمة رهنا في يده لان القيمة واجبة فلو جعلها رهنا في يده يصير قاضيا ومقتضيا وبينهما تناف ولكن أخذها منه ووجب ملاقاتها عند أو عند غيره وان تعذر اجتماعهما يرفع أحدهما ، الى القاضي ليفعل ذلك فاذا جعلت القيمة رهنا برأيهما أو برأي القاضي عند

ثم يضعه عنده رهنا اه ، فرع قال الاتقاني رحمه الله وان كان العدل رجلين والرهن مما لا ينقسم فوضعاه عند أحدهما كان جائزا ولا ضمان فيه لانهما أتيا بالحفظ المطلوب منهما لان حفظهما الا بأن تناوبا في مثل هذا التناوب زمانا لانه يتعذر عليهما اجتماعهما على حفظه آناء الليل والنهار فكان لحفظ المكمل منهما عادة هذا وقد أتيا به وان كان مما ينقسم فاقتسماه كان عند كل واحد منهما نصفه لانه لما أضاف الحفظ اليهما اقتضى هذا انقسام الحفظ عليهما فكأنه قال احفظا كل واحد منكما طائفة من العين فان وضعاه عند

أحدهما ضمن الذي وضع حصته عند صاحبه في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا ضمان عليه وقد مر في كتاب الوديعة أنهما هل يملكان التبايع في الحفظ فيما يحتمل القسمة فعند أبي حنيفة لا يملكان وعندهما يملكان والدلائل ذكرت ثمة ولكن يضمن كل واحد منهما جاء دفع كل واحد منهما مودع المودع فيما أخذ ومودع المودع لا يضمن عند أبي حنيفة اهـ (قوله ولا يلزم منه) أي من سلامتها للعدل اهـ (قوله ولا جمع فيه بين البدل والمبدل الخ) لان العين زالت عن ملك الراهن الى العدل وبهذا يحترز عن المسئلة الاولى فان هناك ما قضى الراهن دينه لو أخذ القيم من العدل كان جامعا بين البدل والمبدل لانه وصل اليه عين حقه وهو الرهن وأما هنا فلا جمع بينهما اهـ (قوله وكذا) أي يرجع العدل عليه بقيمته استهلكه المرتهن أو هلك (٨١) اهـ انتفى (قوله في المتن لم ينعزل بعزله) أي بدون رضا المرتهن لانهما إذا اتفقا على ذلك جاز اهـ انتفى (قوله لان الوكالة لما شرطت الخ) سيأتي أن الوكالة غير المشروطة في العقد كالمشروطة فيه اهـ (قوله صارت وصفا) والحقوق الحبس والاستيفاء والوكالة والاوصاف التزوم وخبر الوكيل على البيع اذا أبى والبيع بالنسيئة وحق بيع الولد وحق صرف الدراهم والدنانير اهـ انتفى (قوله فتلزم بلزوم أصله) أي وهو الرهن اهـ وكتب مانصه لان حكم البيع لا يفارق حكم الاصل والرهن لازم فكذا ما هو تبع له اهـ كافي (قوله وصار كالوكالة بالخصومة) أي من المدعى عليه اهـ كافي (قوله بطلب المدعي) فانه اذا أراد الموكل عزله بغير محضر من الخصم لم يصح ذلك دفعا للضرر عنه لانه تعلق به حق المدعي اهـ كافي (قوله فكذا بوصفه) وهو

العدل الاول أو عند غيره ثم قضى الراهن الدين فان كان العدل ضمن القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة للعدل بأخذها ممن هي عنده ان كانت عند غيره أو عند الموصول المرهون الى الراهن بالتسليم الاول اليه ووصول الدين الى المرتهن بدفع الراهن اليه ولا يلزم منه اجتماع البدل والمبدل في ملك واحد ولو أخذ الراهن لا يجتمعان في ملك واحد وان كان العدل ضمن الرهن بالدفع الى المرتهن فالراهن يأخذ القيمة من العدل ان كانت عنده أو من غيره ان كانت عند غيره لان العين لو كانت قائمة أخذها ممن هي في يده اذا أدى الدين فكذلك يأخذ ما قام مقامها ولا جمع فيه بين البدل والمبدل في ملك واحد ثم هلك للعدل أن يرجع على المرتهن بذلك يتقاصان كان دفعه اليه على وجه العارية أو على وجه الوديعة وهلك في يد المرتهن لا يرجع وان استهلكه المرتهن يرجع عليه لان العدل بأداء الضمان ملك العين المرهونة وتبين انه أعار أو أودع ملك نفسه فلا يضمن المستعير ولا المودع الا بالتعدي وكذا اذا دفعه اليه بجهة بان قال له خذه بجهة كذا أو اجعله دينك لانه دفع اليه على وجه الضمان قال رحمه الله (فان وكل المرتهن أو العدل أو غيرهما ببيعه عند حلول الدين صح) لان الراهن مالك فله أن يوكل من شاء من الاهل ببيع ماله معلقا أو منجزا لان الوكالة يجوز تعليقها بالشرط لكونها من الاسقاطات لان المالك من التصرف حق المالك والتسليط على بيعه اسقاط حقه والاسقاطات يجوز تعليقها بالشروط ولو أمر ببيعه صغيرا لا يعقل فباعه بعد ما بلغ لا يصح عند أبي حنيفة وقالا يصح لقدرته عليه وقت الامتثال وهو يقول ان أمره وقع باطلا لعدم القدرة وقت الامر فلا ينقلب جائزا قال رحمه الله (فان شرطت في عقد الرهن صارت وصفا من أوصافه وحقا من حقوقه الا ترى أنها لزيادة الوثيقة فتلزم بلزوم أصله ولانه تعالى به حق المرتهن وفي العزل ابطال حقه وصار كالوكالة بالخصومة بطلب المدعي ولو وكله بالبيع مطلقا حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع بالنسيئة لم يعمل نهيه لانه لازم بأصله فكذا بوصفه وكذا لا ينعزل بالعزل الحكمي كموت الموكل وارتداده ولحوقه بدار الحرب لان الرهن لا يبطل بموته ولو بطل اعا كان يبطل حق الورثة وحق المرتهن مقدم عليه كما يتقدم على حق الراهن بخلاف الوكالة المفردة حيث تبطل بالموت وينعزل بعزل الموكل لما عرف في موضعه وهذا لو كله بمخالف المفردة من وجوه منها فيما ذكرنا ومنها أن الوكيل هنا اذا امتنع من البيع يجبر عليه بخلاف الوكالة المفردة ومنها أن هذا يبيع الولد والارش بخلاف المفردة ومنها أنه اذا باع بخلاف جنس الدين كان له أن يصرفه الى جنس الدين بخلاف المفردة ومنها أن الرهن اذا كان عبدا وقتله عبد خطأ فدفع القاتل بالجناية كان لهذا الوكيل ان يبيعه بخلاف المفردة وانما لم ينعزل بعزل المرتهن لانه لم يوكله فكان أجنبيا عنه بالنسبة الى الوكالة وهو

(١١ - زيلعي سادس) الاطلاق حيث لم يتقيد بالنقد بالنهي عن النسيئة (قوله كموت الموكل) وهو الراهن اهـ وكتب مانصه قال في الكافي وان مات المرتهن فالوكيل على وكالته لان التوكيل متى صار لازما تبعا للرهن لم ينعزل بموت الراهن ولا بموت المرتهن لان بموتهم لا يبطل الرهن بموت أحدهما ولا بموتهما اهـ (قوله وهذه لو كالة تخالف المفردة) وهي التي لم تشرط في العقد اهـ (قوله كان له ان يصرفه الى جنس الدين) والوكيل المفرد اذا باع لا يصرفه الى شيء آخر وهذا انما مر بقضاء الدين فلا بد أن يملك ما هو من ضرورته بجعل الثمن من جنس الدين من ضرورات قضاء الدين بخلاف الوكيل المفرد فانه كما باع انتهت الوكالة اهـ غاية (قوله كان لهذا الوكيل أن يبيعه) وكذا اذا قتل الرهن فغرم القاتل قيمته وهذا لانه صار الرهن ما دفع عن العبد لانه قام مقامه فتعلق بمن الحق ما تعلق به اهـ غاية

(قوله فى المتن والوكيل ببيعه الخ) لانه لما تبين وكالته بعد موته لم يشترط حضرة ورثته ورضاهم اه كافى (قوله لا برأى غيره) ولكن (٨٣) أمر زائد فيه فلا يبطل ببطلانه الرهن اه اتقانى (قوله الا اذا كان مشيرا وطلاله فى

اذا عزله الموكل لا ينعزل فيعزل غيره أولى أن لا ينعزل قال رحمه الله (والوكيل ببيعه بغبنه وورثة الراهن) كما كان لمال حياته أن يبيعه بغير حضوره قال رحمه الله (وتبطل بموت الوكيل) حتى لا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا يجرى فيها الارث ولان الموكل رضى برأيه لا برأى غيره وعن أبى يوسف رحمه الله أن وصى الوكيل يملك بيعه لانه الوكالة لازمة هنا فيملك الوصى كالمضارب اذا مات والمال عروض يملك وصى المضارب بيعها لما أنه لازم بعد ما صار عروضا فلنا ان الوكالة حق على الوكيل فلا يورث عنه لان الارث يجرى فى حق له لا فى حق عليه فوجب القول ببطلانها بخلاف المضاربة لانها حق المضارب فيورث عنه فيقوم الورثة مقامه فيه ولان المضارب له ولاية التوكيل فى حياته جاز أن يقوم وصيه مقامه بعد وفاته كالاب فى مال الصغير والوكيل ليس له حق التوكيل فى حياته فلا يقوم غيره مقامه بعد موته ولو أوصى الى رجل ببيعه لم يصح اذا كان مشيرا وطلاله فى الوكالة فيصح لانه لازم بوصفه قال رحمه الله (ولا يبيعه المرتهن أو الراهن الا برضا الآخر) لان كل واحد منهما له حق فيه أما الراهن فلملكه فلا يتمكن رضا وأما المرتهن فلانه أحق بعين الراهن من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع قال رحمه الله (فان حل الاجل وغاب الراهن أجبر الوكيل على بيعه كالوكيل بالخصومة من جهة المطلوب اذا غاب موكله أجبر عليها) لان الوكالة بالشرط فى عقد الرهن صارت وصفا من أوصاف الرهن فلزمت كلزومه ولان حق المرتهن تعلق بالبيع وفى الامتناع ابطال حقه فيجبر عليه كما فى الوكيل بالخصومة اذا غاب موكله والجامع بينهما ان فى الامتناع فيهما ابطال حقهما بخلاف الوكيل بالبيع لان الموكل يبيع بنفسه فلا يبطل حقه أما المرتهن فلانه لا يقدر على الدعوى على الغائب والمرتهن لا يعلك البيع بنفسه وكيفية الاجبار أن يحبسه القاضى أياما بالبيع فان لم يبع حبسه أياما فالقاضى يبيعه عليه وهذا على أصلهما ظاهر وأما على أصل أبى حنيفة رحمه الله فكذلك عند البعض لانه تعين حق قضاء الدين هنا ولان بيع الرهن صار مستحقا للمرتهن بخلاف سائر المواضع وقيل لا يبيع القاضى عنده كالا يبيع مال المدبون عند قضاء الدين ثم اذا أجبره على البيع وباع لا يفسد هذا البيع بهذا الاجبار لان هذا الاجبار وقع على قضاء الدين بأى طريق شاء حتى لو قضاه بغير صح وانما البيع طريق من طرقه ولانه اجبار بحق وبعمله لا يكون مكرها فلا يفسد اختياره به ولو لم يكن التوكيل مشروطا فى عقد الرهن وانما شرطا بعده قبل لا يجبران التوكيل لم يصر وصفا من أوصاف الرهن فكانت مفردة كسائر الوكالات وقيل يجبر كيلا يتوى حقه وهذا أصح حتى روى عن أبى يوسف رحمه الله أن الجواب فى الفصلين واحد فى أنه يجبر على البيع نصا وذكر محمد رحمه الله فى الجامع الصغير والاصل الاجبار مطلقا من غير تفصيل بين أن تكون الوكالة مشروطة فى عقد الرهن أو لم تكن مشروطة فيه بدل على ذلك ولو باع العدل خرج من أن يكون رهنا والثمن قائم مقامه فيكون رهنا مكانه وان لم يقبضه بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضا بجهة الرهن واذا توى كان من مال المرتهن لبقاء عقد الرهن فى الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون وكذلك اذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته لان المالك يستحقه من حيث المالية وان كان بدل الدم فأخذ حكم ضمان المال فى حق المستحق فبقى عقد الرهن فيه وكذلك لو قتله عبد فدفع به لانه قائم مقام الاول لما مر وما قيكون رهنا مكانه قال رحمه الله (وان باعه العدل وأوفى مرتهنه ثمنه فاستحق الرهن وضمن فالعدل يضمن الراهن قيمته أو المرتهن ثمنه) وكشف هذا أن المرهون المبيع اذا استحق اما أن يكون هالكا أو قائما فى الوجه الاول المستحق بالخيار ان شاء ضمن الراهن لانه غاصب فى حقه بالاخذ والتسليم وان شاء ضمن العدل لانه

الوكالة) بان عاد له فى أصل الوكالة وكذلك بيع الرهن وأجزت لك ما صنعت فيهما من شئ فليس لهما ان يجوز لوصيه بيعه ولا يجوز لوصيه أن يوصى به الى ثالث اه اتقانى بمعناه اه (قوله فيجبر عليه) وكذلك رجلان بينهما خصومة فوكل المدعى عليه رجلا بخصومته يطلب المدعى فغاب الموكل وأبى الوكيل أن يخاصمه فانه يجبر على الخصومة لان المدعى انما خاصل سبيل الخصم اعتمادا على أن وكيله يخاصمه فلا يكون للوكيل أن يمتنع منه ويلحق الضرر بالمدعى لان فيه ابطال حقه اه كافى (قوله بخلاف الوكيل بالبيع) أى لا يجبر لو امتنع عن البيع لان الوكيل بالبيع اذا امتنع عن البيع لا يضر به الموكل اه كافى وكتب ما نصه قال الحاكم الشهيد فى الكافى وليس للعدل بيع الرهن ما لم يسلط على بيعه لانه مأمور بالحفظ فحسب وان كان رهن على أنه مسلط على بيعه فأبى أن يبيعه فرفعه المرتهن الى القاضى جبره القاضى على بيعه بعد أن تقوم البينة على خلافه بخلاف سائر الوكلاء بالبيع فانه لا يجبر لو امتنع وذلك لانه معين ولم يتعلق بهذه الاعانة حق أما هذا فانه معين متعلق حق الغير به فجاز أن يجبر عليه ايفاء لحق الغير لانه قد التزم ذلك وصار نظير الكفالة اه اتقانى (قوله والمرتهن لا يملك البيع بنفسه) أى لو امتنع العدل عن بيعه اه

(قوله ووصح الاقتضاء) أي اقتضاء المرتهن اه وكتب ما نصه أي اسقيظ المرتهن الثمن بدينه اه كافي (قوله فلا أن يرجع عليه) واذا رجع بطل الاقتضاء فيرجع المرتهن على الراهن بدينه اه كافي (قوله انشاء رجع) على الراهن بالقيمة) تبع فيه صاحب الهداية وقد قال بعض شارحيها المراد بالقيمة الثمن اه وكتب على قوله بالقيمة ما نصه بالثمن اه كافي (قوله فلا نه مغرور من جهة الراهن) فانه رهنه على أنه ملكه وفي قبض المرتهن منفعة للراهن من وجه لانه يستفيد به براءة الذمة عند هلاك الرهن والمغرور يرجع على الغار بما لحقه من الضمان كما يرجع المستأجر على المؤجر والمودع على المودع اه كافي (قوله قلت هذا طعن أبي خازم القاضي) أي هذا السؤال طعن به أبو خازم على محمد في المسئلة وأبو خازم بالخاء المعجمة كذا في المغرب وهو أبو خازم عبد الحميد بن عبد العزيز القاضي الحنفي أصله من البصرة وسكن بغداد وكان ثقة ديناورعا عالما بمذهب أهل العراق والفرائض والحساب والقسمة حسن العلم بالجبر والمقابلة وحساب الدور وتخارص الوصايا والمناسخات قدوة في العلم وكان أحذق الناس بعمل المحاضر والسجلات وكان أحمد فقهاء الديانس من أهل العراق وما كان يعلم أحدا قرأ أنه رأى أعقل منه وقد أخذ العلم عن هلال بن يحيى وهو هلال الرأي البصري وهلال أخذ عن أبي يوسف وزفر ومحمد وكان أبو خازم أستاذ أبي طالب الدباس وأقرانه وكان أبو خازم ولي القضاء بالشام والكوفة والكرخ من مدينة السلام ثم استقضاه الخليفة المعتضد بالله على الشرقية سنة ثلاث وثمانين ومائتين وتوفي أبو خازم في جمادى الاولى سنة اثنتين وتسعين ومائتين اه غاية

متعلقة بالبيع والتسليم فصار غاصبا بذلك فان ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء لان الراهن يملكه باداء الضمان مستندا الى وقت الغصب فتبين أنه أمر ببيع ملك نفسه وان ضمن المستحق العدل وهو الباقع نفذ البيع أيضا لان العدل يملكه باداء الضمان ثم هو بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة بالغرور من جهته ونفذ البيع لان الراهن لما كان قرار الضمان عليه وضمنه ملك باداء الضمان فتبين أنه أمر ببيع ملكه فصح اقتضاء المرتهن فلا يرجع على الراهن بدينه وان شاء العدل رجع على المرتهن بالثمن لانه تبين أن الثمن أخذ بغير حق لان العدل ملك العبد باداء الضمان واستقر ملكه فيه ولم ينتقل الى الراهن على تقدير أن لا يرجع على الراهن بما ضمن ونفذ بيعه عليه لانه بالمباشرة صار قابضا الثمن له لانه بدل ملكه وانما أداه الى المرتهن على حسبان أن المبيع ملك الراهن فاذا تبين أنه ملكه لم يكن راضيا به فله أن يرجع به عليه وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كان قاضيا فان بدا للمشتري للمستحق أن يأخذ من يده لانه وجد عين ماله ثم للمشتري أن يرجع على العدل بالثمن لانه العاقد فتتعلق به حقوق العقد وهذا من حقوقه حيث وجب بالبيع واتما دفعه المشتري اليه ليسلمه للمبيع ولم يسلم ثم اذا ضمن العدل الثمن للمشتري كان بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه هو الذي أدخله في هذه العهدة فيجب عليه تخليصه واذا رجع عليه صح قبض المرتهن وسلمه المقبوض ويرئ الراهن عن الدين وان شاء العدل رجع على المرتهن لان البيع انتقض بالاستحقاق فبطل الثمن وقد قبض المرتهن فيجب عليه رده ونقض قبضه ضرورة فاذا دفعه الى العدل عاد حقه في الدين على الراهن كما كان فيرجع به عليه ولو أن المشتري سلم الثمن بنفسه الى المرتهن لم يرجع على العدل به لان العدل في البيع عامل للراهن وانما يرجع عليه اذا قبض ولم يقبض منه شيأ فبقي ضمان الثمن على المرتهن والدين على الراهن على حاله ولو كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد فالذي للعدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض المرتهن الثمن أو لم يقبض لانه يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا يرجع عليه كما في الوكالة المفردة عن الرهن اذا باع الوكيل ودفع الثمن الى من أمره الموكل ثم لحقه عهدة لا يرجع على المقتضي بخلاف الوكالة المشروطة في العقد لانها تتعلق بها حق المرتهن فيكون البيع لحقه هكذا ذكره الكرخي رحمه الله وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع وقال شمس الائمة السرخسي هو ظاهر الرواية لان رضا المرتهن بالرهن بدون التوكيل قد تم فكان التوكيل مستفادا في ضمن عقد الرهن فكان منفصلا عنه ضرورة الا أن خفر الاسلام وشيخ الاسلام قالا قول من يرى جبرهذا الوكيل أصح لا طلاق محمد رحمه الله في الجامع الصغير والاصل على ما مشى فتكون الوكالة غير المشروطة في العقد كالمشروطة فيه في حق جميع ما ذكرنا من الأحكام هناك قال رحمه الله (وان مات الراهن عند المرتهن فاستحق ونفذ الرهن فقيمته مات بالدين وان ضمن المرتهن رجع على الراهن بالقيمة ودينه) والاصل فيه أن العبد المرهون اذا هلك في يد المرتهن ثم استحقه رجل كان المستحق بالخيار ان شاء ضمن الراهن وان شاء ضمن المرتهن لان كلا واحد منهما متعد في حقه الراهن بالاخذ والتسليم والمرتهن بالقبض والتسليم فان ضمن الراهن صار المرتهن مستوفيا لدينه بهلاك الرهن عنده لان الراهن ملكه باداء الضمان مستندا الى ما قبل التسليم فتبين أنه رهن ملك نفسه ثم صار المرتهن مستوفيا بهلاك وان ضمن المرتهن رجع عا ضمن من القيمة ودينه على الراهن أما بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن وأما بالدين فلانه انتقض اقتضاؤه فيعود حقه كما كان فان قيل لما كان قرار الضمان على الراهن يرجوع المرتهن عليه والملك في المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه فصار كما كان اذا ضمن المستحق الراهن ابتداء قلنا هذا طعن أبي خازم القاضي

والجواب عنه أن المرتهن يرجع على الراهن بسبب الغرور والغرور حصل بالتسليم الى المرتهن فيملك الراهن العين من ذلك الوقت وعقد الرهن كان سابقا عليه فلم يتبين انه رهن ملك نفسه بل ملك غيره فلا يكون المرتهن مستوفيا ملك الغير ولان الراهن يملك الرهن بالتلقي من المرتهن لان المرتهن أولا يملكه بأداء الضمان ثم يتنقل الى الراهن كما في الوكيل بالشراء كان المرتهن اشترا ممن المستحق ثم باعه من الراهن وانما كان كذلك لان المرتهن غاصب في حق المستحق فاذا ضمن تملك المضمون ضرورة كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد ولكن لما كان قرار الضمان على الراهن ينتقل اليه من جهته والمرتهن متعد بالقبض لانه مصارفا صاب فاستند ملكه اليه ثم الراهن يتلقاه منه فيكون ملكه بعده وعقد الرهن سابق عليه فتبين أنه رهن ملك غيره فلا يكون المرتهن مستوفيا بالهلاك بخلاف المسئلة الاولى وهي ما اذا ضمن المستحق الراهن ابتداء لانه بضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك اليه فتبين أنه رهن ملك نفسه فيكون المرتهن مستوفيا بهلاكه

﴿ باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره ﴾

قال رحمه الله (ويوقف بيع الراهن على اجازة مرتهنه أو قضاء دينه) وعن أبي يوسف رحمه الله أنه ينفذ لانه تصرف في ملكه فصار كالاعتاق والصحيح ظاهر الرواية لان الرهن تعلق به حق المرتهن وفي البيع ابطال حقه فلا ينفذ الا باجازته رضاء أو بقضاء الراهن دينه لزوال المانع وهو تعلق حق المرتهن به وعدم القدرة على تسليمه وكونه متمحضا في ملكه لا يمنع التوقف لحق غيره كمن باع ماله لوارثه أو أوصى له به أو لغيره بأكثر من الثلث والقياس على الاعتاق غير جائز لانه لا يقبل الرد ولا الفسخ فكذا التوقف فاذا نفذ البيع باجازة المرتهن انتقل حقه الى الثمن فيكون محبوسا بالدين وعن أبي يوسف رحمه الله أن المرتهن ان شرط أن يكون الثمن رهنا عند الاجازة كان رهنا والا فلا لانه بالاجازة نفذ البيع وملك الراهن الثمن وأتصل آخر ملكه بسبب جديد فلا يصير رهنا الا بالشرط كما اذا آجره الراهن وأجاز المرتهن الاجارة لا تصير الاجرة رهنا الا بالشرط وجه ظاهر الرواية وهو الصحيح أن الثمن قائم مقام ما تعلق به حقه وهو بدل ما تعلق به حقه ومحل حقه لان حقه متعلق بالمالية وقد بدل حكم المبدل فوجب انتقال حقه اليه كالعبد المدين اذا بيع برضا الغرماء ينتقل حقهم الى البدل من غير شرط لما ذكرنا ولا يسقط حقهم بالكلية لعدم رضاهم بذلك ظاهرا والرضا بالبيع لا يدل على الرضا بسقوط الحق رأسا فبقي الحق على حاله بخلاف ما اذا كرر فان الاجرة ليست ببدل حقه لان حقه في العين وهي بدل المنفعة فلا ينتقل حقه اليها وبخلاف ما اذا باع المالك العين المستأجرة فاجاز المستأجر البيع حيث لا ينتقل حقه الى الثمن لانه بدل العين وحقه الى المنفعة فتفرقا وان لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله حتى اذا هلك الراهن لا سبيل للمشتري عليه لان الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالملك فله أن يجيز وله أن يفسخ وفي أصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه وفي المختصر هما اشارة اليه حيث قال يوقف على اجازة مرتهنه أو قضاء دينه جعل الاجازة اليه دون الفسخ وجعله متوقفا على قضاء الدين وهذا دليل على أن فسخه لا ينفذ ووجهه أن الامتناع لحقه كيلا يتضرر والتوقف لا يضره لان حقه في الحبس لا يبطل بمجرد الانعقاد من غير نفوذ فبقي موقوفا ثم المشتري بالخيار ان شاء صبر حتى يفتك الراهن الرهن اذا تيسر على شرف الزوال وان شاء رفع الامر الى القاضي وللقاضي أن يفسخ العقد لفوات الغدة على التسليم لان ولاية الفسخ له الا الى المشتري والبائع وهو الراهن فصار كالعبد المبيع اذا أبق قبل القبض فان المشتري بالخيار ان شاء صبر حتى يرجع وان شاء رفع الامر الى القاضي والاجارة مثل الرهن

حتى

﴿ باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره ﴾

لما كان التصرف في الرهن بعد ثبوت الرهن وكذلك الجناية على الرهن وجناية الرهن على غيره ذكره عقيب مسائل الرهن لان كل ترتيب يجب طبعا يجب وضعا للمناسبة اه غاية (قوله وهو تعلق حق المرتهن به) والمقتضى موجود وهو التصرف الصادر من المحل اه عناية (قوله فيكون محبوسا بالدين) هو الصحيح واحتر زبقوله هو الصحيح عن رواية القاضي أبي خازم عن أبي يوسف اه اتقاني قوله عن رواية القاضي الخ وهي المذكورة هنا اه (قوله والبدل حكم المبدل) وحاصل الكلام هنا أن من تصرف في عين مملوك له وقد تعلق بحق الغير فاجاز صاحب الحق تصرفه فهل تعلق حقه ببدله ينظر فان كان ماوجب من البدل بدلا عما تعلق بعينه تعلق حقه بالبدل وان كان ماوجب من البدل بدلا عما لم تعلق به حقه لا تعلق حقه بالبدل اه اتقاني وجه الله (قوله وان شاء رفع الامر الى القاضي) أي فيفسخ البيع اه غاية

(قوله حتى لا ينفذ بيع المؤجر) بل يتوقف على اجازة المستأجر وليس للمستأجر الضمير وإن واحدة كذا كره فخيان في آخر باب البيع الموقوف من فتاويه اه (قوله فأيهما أجاز انفذ) قال الاتقاني فأيهما أجاز المرتهن وسلمه اليه نفذ تلك وأخذ الثمن ويكون رهنا عنده اه (قوله أما هذه العقود فلا منفعة له فيها) قال الشيخ أبو المعين مشرط في فصل الرهن والهبة تسليمه العين الى المرتهن الثاني والموهوب له مع الاجارة لان هذين العقدين لا عبرة بهما بدون القبض ولم يشترط ذلك مع الاجارة في فصل الاجارة لان عقد الاجارة معتبر بدون القبض مفيد كالبيع سواء اه غاية (قوله لان الاجارة تبقى مدتها) (٨٥) بالنصب أي تبقى الاجارة في مدة الاجارة

حتى لا ينفذ بيع المؤجر وإياعه الراهن من رجل ثم باعه من آخر قبل أن يجيز المرتهن فالثاني موقوف أيضا على اجازته لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني فأيهما أجاز نفذ ذلك وبطل الآخر ولو باعه الراهن ثم أجره أو رهنه أو وهبه من غيره فاجاز المرتهن الاجارة أو الراهن أو الهبة جاز البيع الاول دون هذه العقود والفرق أن المرتهن له منفعة في البيع لان حقه يتحول الى الثمن على ما بناوه، يكون أحد البيعين أنفع من الآخر فيعتبر تعيينه لتعلق الفائدة به أما هذه العقود فلا منفعة له فيها لان حقه لا ينتقل الى الاجرة على التعاقب لما مناولا بدل له في الرهن والهبة فكانت اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع كالوباع المؤجر العين المستأجر من اثنين على التعاقب فاجاز المستأجر البيع الثاني نفذ الاول لانه لا نفع له في البيع اذ لا ينتقل حقه الى البدل على ما بناه فكانت اجازته اسقاطا لحقه فنفذ الاول لزوال المانع قال رحمه الله

(ونفذ عتقه) أي نفذ اعتاق الراهن وهو أحد أقوال الشافعي رحمه الله وفي قوله لا ينفذ اذا كان المعتق معسرا وفي قول آخر لا ينفذ اعتاقه سواء كان المعتق موسرا أو معسرا لان في تنفيذه ابطال حق المرتهن فكان مردودا كالبيع بل أولى لان البيع أسرع نفاذا من العتق حتى ينفذ من المكاتب دون الاعتاق فكان أولى بالامتناع بخلاف اعتاق المستأجر لان الاجارة تبقى مدتها اذا لحر يقبلها ولا يقبل الرهن وبخلاف ما اذا كان المعتق موسرا على تلك الرواية لانه لا يبطل حقه في التضمين ولنا أن العتق صدر من أهله مضافا الى محله وهو ملكه فوجب القول بنفاذه ولا يلتفت لعدم نفاذ المرتهن كما اذا أعتق المبيع قبل القبض أو الآبق أو المغصوب ثم اذا زال ملك الراهن في الرقبة باعتاقه يزول ملك اليد للمرتهن بناء عليه كما تنقض العبد المشترك بل أولى لان ملك الرقبة أقوى من ملك اليد فاذا لم يمتنع الاعلى فالادنى أولى أن لا يمتنع ولا يصح القياس على البيع لان امتناعه لعدم القدرة على التسليم وهو ليس بشرط في العتق ولان القياس لتعديه حكم الاصل الى الفرع دون تغيره وحكم الاصل هنا وقف ما يحتمل الرد قبل تمامه ويحتمل الفسخ بعد تمامه وهو في الفرع يبطل أصلا مما يحتمل الفسخ والرد فتفسد القياس ولا يلزمنا اعتاق الوارث العبد الموصى برقبته اذا لم يكن له مال آخر مع أنه أعتق ملكه لانا نقول يعتق عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله في الحال وعند أبي حنيفة رحمه الله يؤخر الى أداء السعاية على ما عرف في اعتاق العبد المشترك ولم يكن اعتاقه لغوا ولو هو هنا جعله لغوا ولا يقال المرهون كالخارج عن ملك الراهن بدليل أن المولى اذا أتلفه يجب عليه ضمانه فكذا لا ينفذ عتقه كأنه خرج من ملكه لانا نقول وجوب الضمان عليه لا باعتبار أنه كالخارج عن ملكه بل باعتبار أنه أتلف المالية المشغولة بحق المرتهن كالمولى يتلف عبده المأذون له المديون فانه يضمن قيمته للغرماء مع بقاء صلاحية فيه من كل وجه ولهذا تنفذ تصرفاته فيه ونفاذ البيع من المكاتب باعتبار أنه مندوب الى التجارة كالعبد المأذون له لا لانه مالك وعدم نفاذ عتقه لعدم الملك قال رحمه الله

(وطولب بدينه لو حالا) أي اذا كان الدين حالا طولب الراهن بعد العتق بالدين معناه اذا كان موسرا لانه

القيمة مع حلول الدين لا طولب ضمنه قيمته وهو من جنس حقه لوقوع فعله استيفاء فلم يكن في التضمين وأنه يقع استيفاء لعين حقه فائدة الا اذا كان الدين من خلاف جنس القيمة اه وكتب ما نصه فان كان الراهن المعتق موسرا فلا شئ على العبد وان أعسر الراهن بعد ذلك قبل أن يؤدي المال فلا شئ على العبد من سعاية ولا غيرها وان كان الراهن يوم أعتق العبد معسرا كان للمرتهن أن يرجع بدينه ان شاء على الراهن وان شاء رجع على العبد فاستسعاه اه غاية ﴿ فرع ﴾ قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره واذا رهن الرجل عبدا يساوي ألف درهم بألف هي عليه الى أجل أو يساوي خمسمائة ثم ان المولى أعتق العبد فالعبد حر وقد خرج من الرهن فان كان الراهن المعتق موسرا فلا شئ على العبد وان أعسر الراهن بعد ذلك قبل أن يؤدي المال فلا شئ عليه من سعاية ولا غيرها وان كان الراهن يوم

اه غاية (قوله فاعتق) أي المشتري اه كافي (قوله أو الآبق أو المغصوب) وهذا لان موجب الرهن ثبوت الاستيفاء للمرتهن أو حق البيع على اختلاف الاصلين وشئ من ذلك لا يأتي في ملك العين فتبقى العين على ملك الراهن والاعتاق يعتمد ملك العين دون اليد فان قيل في تنفيذه ابطال حق المرتهن فلا ينفذ كالبيع قلنا الثابت للراهن حقيقة الملك والثابت للمرتهن حق فقضية الحقيقة يستدعي النفاذ وقضية الحق يستدعي عدم النفاذ فرجحنا جانب الحقيقة على الحق لانها أقوى اه كافي (قوله اذا لم يكن له مال آخر) أي فانه لا ينفذ لحق الموصى له اه كافي بمعناه (قوله في المتن وطولب بدينه لو حالا) قال في الكافي ثم بعد ذلك ان كان الراهن موسرا والدين حالا طولب بأداء الدين ولا يضمنه قيمته لانه لا فائدة في تضمين

أعتق العبد معسرا كان للمرتهن أن يرجع بدينه ان شاء على الراهن وان شاء رجع على العبد فاستسعاه فى الاقل من قيمته ومن الدين فان كانت قيمته أقل من الدين سعى فى قيمته وان كان الدين أقل سعى فيه العبد من ذلك كان له أن يرجع فيه على الراهن لانه انما أداه عنه الى هنا لفظ الكرخى اه اتفاق رحمه الله وانما ضمن الاقل لان الدين اذا كان أقل من قيمته فلا حق للمرتهن الا فيه واذا كانت القيمة الاقل لم يسلم (٨٦) للعبد أكثر من ذلك فلا يضمن ما لم يسلم له اه اتقانى (قوله فصار كتعبير الراهن) يعنى أن

الراهن بالاستعارة اذا عجز عن فكه الرهن فاتكه المعير رجع بذلك على الراهن المستعير لانه قضى دينه مضطرا اه اتقانى (قوله بخلاف المستسعى) يعنى العبد المشترك بين اثنين اذا أعتق أحدهما نصيبه فاستسعاه الساكت لا يرجع بما سعى على المعتق اه (قوله حيث لا يسعى للبائع) فى الرواية الظاهرة وعن أبى يوسف أنه يسعى فى قيمته للبائع ثم يرجع بها على المشترى كلهم وان اذا أعتقه الراهن اه كافى (قوله والمرتهن ينقلب حقه ملكا) كما اذا هلك الرهن عند المرتهن يهلك بدينه مضمونا بالاقل من قيمته ومن الدين فيكون المرتهن مالكا للاقل الاقل من مالية الرهن اه غاية (قوله أما عندنا فظاهر) وهو أن التدبير يوجب حق التقويم واذا كان لا يمنع حقيقة العتق فحق المرتهن حق الدين أولى اه غاية (قوله وكذا عنده) أى عند الشافعى اه (قوله ثم اذا صح) أى التدبير والاستيلاد خرجا أى المدبر وأم الولد اه وكتب مانصه وأما السعاية فى المدبر ففيها مخالفة للسعاية فى المعتق من ثلاثة أوجه الراهن

أحدها أن المدبر يسعى مع يسار المولى لتكون اكسابه على ملكه بخلاف صاحب الدين أن يستوفى منها كما جاز أن يستوفى من سائر أموال الراهن والثانى أن يسعى فى الدين بالغا ما بلغ لان أكسابه ملك لمولاه ودين الانسان اذا قضى من ماله لم ينقض بعضه دون بعض وليس كذلك المعتق لان كسبه لنفسه وانما لزمه أن يسعى فى قدر ما له والثالث أن المدبر لا يرجع على مولاه بما المعتق يرجع اه غاية

أو طولب بالرهن كان له أن يأخذ مدينه اذا كان من جنس حقه فيكون بفداء واستيفاء فلا فائدة فيه قال رحمه الله (ولو مؤجلا أخذه منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه) أى لو كان الدين مؤجلا يؤخذ من المعتق قيمة العبد وتجعل رهنا مكان العبد يعنى اذا كان موسرا لان سبب الضمان قد تحقق منه وفى التضمين فائدة وهى حصول الاستيثاق من الوجه الذى بناه فيصير الى حاول الاجل فاذا حل اقتضاه بحقه اذا كان من جنسه لان الغريم له أن يستوفى حقه من مال غريمه اذا ظفر بجنس حقه وان كان فيه فضل رده لانتهاء حكم الرهن بالاستيفاء وان كان أقل من حقه رجع عليه بالزيادة تلعدم ما يسقطه قال رحمه الله (ولو معسرا سعى العبد فى الاقل من قيمته ومن الدين) لان حق المرتهن كان متعلقا به وسلمت له رقبته فاذا تعذر الرجوع على المعتق لعسرته رجع عليه لانه هو المنتفع بهذا العتق كما فى عتق أحد الشريكين العبد المشترك اذا الضمان بالخراج والغرم بالغنم ثم يقضى بالسعاية الدين ان كان من جنس حقه وكان الدين حالا وان لم يكن من جنس حقه صرف بجنسه فيقضى به الدين وان كان الدين مؤجلا كانت السعاية رهنا عنده فاذا حل الدين قضى به الدين على نحو ما ذكرنا فى الحال وكيفية ذلك أن ينظر الى قيمة العبد يوم العتق والى قيمته يوم الرهن والى الدين فيسعى فى الاقل منها قال رحمه الله (ويرجع به على سيده) أى يرجع العبد بالسعاية على مولاه اذا أيسر لانه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فلم يكن متبرعا فيرجع عليه بما تحمل عنه فصار كتعبير الرهن بخلاف المستسعى فى الاعتاق لانه يؤدى ضمانا واجبا عليه لانه يسعى لتحصيل العتق عند أبى حنيفة رحمه الله ولتكميله عندهما وهنا يسعى فى ضمان على غيره بعد تمام اعتاقه فافترقا ولان حق المرتهن فى استيفاء الدين من الرقبة كان ثابتا فاذا احصلت الرقبة للعبد ولم يفد رد على أخذ له لما من الراهن ضمنها العبد كالمرض اذا أعتق عبده فى مرضه وعليه دين ولا مال له غيره يسعى العبد فى قيمته كذا هذا ثم أبو حنيفة رحمه الله أوجب السعاية فى المستسعى المشترك فى حالتى اليسار والاعسار وفى العبد المرهون شرط الاعسار لان الثابت للمرتهن حق الملك والثابت للشريك حقيقة الملك وحق الملك أدنى من حقيقته فوجبت السعاية فيه فى حالة واحدة وهى حالة الضرورة وفى الاعلى فى الحالتين اظهارا للتفاوت بينهما بخلاف المبيع اذا أعتقه المشترى قبل القبض حيث لا يسعى للبائع فى الرواية الظاهرة وفى المرهون يسعى لان حق البائع فى الحبس ضعيف لان البائع لا علك فى الآخر ولا يستوفى من عينه وكذا يبطل حقه فى الحبس بالاعارة من المشترى والمرتهن ينقلب حقه ملكا ولا يبطل حقه بالاعارة من الراهن حتى عكن من الاسترداد فلو أوجبنا السعاية فيهما لسوينا بين الحقين مع وجود الفارق وذلك لا يجوز ولو أقر المولى برهن عبده بان قال له رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم أعتقه تجب السعاية عندنا خلافا لزفر رحمه الله هو يعتبره باقراره بعد العتق ونحن نقول أقر بتعلق الحق فى حالة تملك التعليق بادا السعاية لقيام ملكه فيصح بخلاف ما بعد العتق لانعدام انقطاع الولاية ولو دبر الراهن صح بالاتفاق أما عندنا فظاهر وكذا عنده لان التدبير لا يمنع ما هو حكم الرهن عنده وهو البيع وكذا الاستيلاد هما صح الاستيلاد بالاتفاق لان الاستيلاد يثبت بثبوت حق التملك كما فى جارية الابن وبحقيقة الملك أولى ثم اذا صحا خرجا عن الرهن لبطلان المحلية اذ لا يصح استيفاء الدين منهما ثم ان كان

لانه يقضى به) أى بالسعاية اه (قوله سواء أعتقهما بعد القضاء عليهما) أى بالسعاية اه (قوله وهو ينكره) أى ثم أعتقه وهو
ر اه (قوله لانه لا ولاية الخ) ينبغى أن يقول لان لا ولاية ماليته فيسعى بقدر المالية اه قارئ الهداية (قوله فيسعى) أى فيسعى
را السيد فيما لا ولاية له لعبده فيه والولاية للسيد فى المالية اه (قوله ولو قتله) أى العبد المرتهن بالدين اه (قوله المرتهن هو الخصم
ضمينه قيمته) قال الاتقانى عند قوله فى الهداية والواجب على هذا المستهلك قيمته (٨٧) يوم هلك أى الواجب من الضمان على

المستهلك الاجنبى قيمة الرهن يوم الاستهلاك لا قيمته يوم قبض الرهن واحترز بهذا عن استهلاك المرتهن حيث يجب عليه قيمته يوم قبض وكذلك اذا هلك بدون الاستهلاك يعتبر قيمته يوم القبض لا يوم الهلاك (قوله فانه يعتبر قيمته يوم القبض) وسواء فى ذلك الهلاك والاستهلاك اه (قوله لموضع قبضه) بالرفع خبر ان اه (قوله وكانت رهنا فى يده حتى يحل) بضم الحاء وكسرها جميعا اه غاية (قوله فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر) أى الذى انتقص من الرهن من قيمته يوم القبض مضمون على المرتهن بقبض الرهن الذى سبق الاستهلاك وليس بمضمون بتراجع السعر فلذلك سقط من الدين بقدر النقص وهذا جواب سؤال بأن يقال لو سقط الدين بقدر النقاوة عن كان الرهن مضمونا على المرتهن بتراجع السعر وليس لتراجع السعر أثر فى اسقاط شئ من الدين كما

الراهن موسرا ضمن قيمتهما على التفصيل الذى ذكرناه فى الاعتاق وان كان معسرا استسعاهما المرتهن
بجميع الدين لان كسبهما مال المولى بخلاف المعتق حيث يسعى فى الاقل من الدين ومن القيمة لان
كسبه حق نفسه ولهذا يحبس عند الاقدار للقيمة فلا يزاد عليه وحق المرتهن بقدر الدين فلا تلازمه
ولا يرجعان على المولى بما أديا بعد يساره لانهما أديا من مال المولى والمعتق يرجع لانه أدى من
ماله وهو مضطر فيه على ما مر وقيل اذا كان موجلا يسعيان فى قيمتهما الى الاجل عوض الرهن حتى
لا يرجعا بما أديا قبل العتق لا يرجعان به على المولى لانه مال المولى ولو أقر على عبده بدين الاستهلاك
وهو منكر يسعى فى قيمته منذ عتق لانه لا ولاية له على ماليته فيسعى بقدر المالية ولو قتله عبد قيمته مائة
يحبس ويدفع به ثم أعتقه يسعى فى مائة لقيامه مقام الاول قال رحمه الله (واتلاف الراهن كاعتاقه)
يعنى اذا أتلف الراهن الرهن فهو كما لو أعتقه حتى يجب عليه ضمان قيمته لانه حق محترم مضمون عليه
بالاتلاف ثم الضمان يكون رهنا فى يد المرتهن لقيامه مقام العين قال رحمه الله (وان أتلفه أجنبى
فالمرتهن يضمنه قيمته ويكون رهنا عنده) أى المرتهن هو الخصم فى تضمينه قيمته ثم تكون القيمة رهنا
عنده لانه أحق بعين الرهن حال قيامه فكذا فى استرداد ما قام مقامه والواجب على هذا المستهلك
قيمته يوم هلك باستهلاكه بخلاف ضمانه على المرتهن فانه يعتبر قيمته يوم القبض حتى لو كانت قيمته يوم
الاستهلاك خمسمائة ويوم الارتهان ألفا غرم خمسمائة وكانت رهنا وسقط من الدين خمسمائة لان المعتبر
فى ضمان الرهن يوم قبضه لانه به دخل فى ضمانه لانه بقبض استيفاء الا أنه يتقرر عند الهلاك ولو استهلكه
المرتهن والدين مؤجل ضمن قيمته لانه أتلف مال الغير وكانت رهنا فى يده حتى يحل الاجل لان
الضمان بدل العين فأخذ حكمه ولو حل الدين والمضمون من جنس حقه استوفى المرتهن منه دينه
ورد الفضل على الراهن ان كان فيه فضل وان كان دينه أكثر من قيمته رجع بالفضل
وان نقصت القيمة بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم القبض ألفا وجب بالاستهلاك
خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة لان ما انتقص كالهالك وسقط من الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم
القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقى بالاتلاف وهو قيمته يوم
الاتلاف كذا ذكر صاحب الهداية وغيره وهو مشكل فان النقصان بتراجع السعر اذا لم يكن مضمونا عليه
ولا معتبرا فكيف يسقط من الدين خمسمائة سوى ما ضمن بالاتلاف وكيف يكون ما انتقص به كالهالك
حتى سقط من الدين بقدره وهو لم ينتقص الا بتراجع السعر وهو لا يعتبر فوجب أن لا يسقط بمقابلته شئ
من الدين قال رحمه الله (وخرج من ضمانه بإعارته من راهنه) أى بإعارة المرتهن الرهن من راهنه

لزادوه الى الراهن بعد انتقاص قيمته بتراجع السعر فأجاب عنه وقال انه مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر وتحقيق الجواب
قال القدورى وقد صرح أنفا اه اتقانى (قوله كذا ذكر صاحب الهداية) صاحب الهداية يقول هو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع
السعر فكيف يستشكل الشارح رحمه الله اه (قوله فان النقصان بتراجع السعر اذا لم يكن مضمونا حال
قيام العين أما حال الاتلاف فهو مضمون لان به يملك العين بالقبض السابق قال القدورى رحمه الله فى شرحه فمختصر الكرخى ما نصه
ولا يقال ان نقصان السعر فى الرهن ليس بمضمون لانه لا يضمن معرفة عين الرهن فأما اذا تلفت العين فالضمان متعلق بقيمتها كأنه

استوفى مقدار قيمتها يوم القبض اه وحينئذ فلا اشكال والله الموفق اه كاتبه وتجب ماقيمته اغلا بدلين مضمونا عليه حال بقاء العين لا يمكن أن يرجع الى قيمته وأما بعد الهلاك فهو في ضمانه اه (قوله لارتفاع القبض الموجب للضمان) ولانه تلف في يد المالك فلا يجب ضمانه على غيره اه غاية (قوله في المتن ولو أعاره أحدهما أجنبيا) قيد بالاجنبي لانه لو أعاره المرهن أو أجره منه أو أودعه عنده كان للمرتهن أن يسترده والاجارة باطلة كما في فتاوى قاضيخان وغيره اه كاكي (قوله بخلاف الاجارة والبيع والهبة من المرتهن) يعني اذا باع الراهن الرهن من المرتهن أو أجره أو وهبه منه صح ويخرج عن الرهن بذلك ولا يعود الا بعقد جديد وهذا كما ترى صريح في جواز الاجارة من المرتهن وقدمنا الاتقاني (٨٨) رحمه الله نقلا عن شرح الجصاص للاسبيجابي ما نصه وكذلك لو استأجر المرتهن صحت

الاجارة وبطل الرهن اذا جدد القبض للاجارة ولو هلك في يده قبل انقضاء مدة الاجارة أو بعد انقضائها ولم يحبسه عن الراهن هلك أمانة ولا يذهب بهلاكه شيء من الدين ولو حبسه من الراهن بعد انقضاء مدة الاجارة تعاد غاصبا اه وهو يؤيد ما ذكره الشارح من جواز اجارة الراهن الرهن من المرتهن وفي معراج الدراية ولو أجره الراهن من المرتهن كانت الاجارة باطلة وهو بمنزلة ما لو أعاره أو أودعه وفي الايضاح أجره من المرتهن خرج من الرهن ولم يعد الى الرهن أبدا لان الاجارة عقد لازم فاذا لزم العقد انتقى الرهن اه وقال الولوالجي رحمه الله ولو أجر الراهن من المرتهن بطل الرهن لان الاجارة عقد لازم لا ينفذ على المرتهن الا بعد انتقاض الرهن وكذلك الراهن اذا آجره من انسان آخر وأجازه المرتهن أو أجره المرتهن فأجازه الراهن بطل الرهن اه (قوله ولو مات الراهن الخ) كغاصب يعني فيما اذا مات أحدهما الاجارة أو البيع أو الهبة ومات الراهن قبل وصول العين المرهونة الى المرتهن كان المرتهن أسوة الغرماء لان هذا العقد لا زم فبطل بهما عقد الرهن ؛ فكان المرتهن وسائر الغرماء سواء بخلاف ما اذا أعاره أحدهما بأذن الآخر فمات الراهن قبل الرد الى المرتهن حيث كان المرتهن أخص به من سائر الغرماء لان الاعارة ليست بعقد لازم فلم يبطل بها الرهن واذا بطل الرهن بالعقود المذكورة ثم انفسخت فلو بعد الرهن الا بعقد جديد وقبض لانه انفسخ بطريان ما يوجب الاستحقاق اه اتقاني رحمه الله (قوله ولو استخلف الخ) كذا في فتاوى قاضيخان اه (قوله وهو قضاء الدين بماله) أي بمال غير المديون وهو الشخص المتبرع اه (قوله لان البيع الخ) أي قبل القبض اه (قوله لو عين المعير الخ) كان ضامنا قيمة الثوب المستعار للرهن ان هلك في يد المرتهن لانه تصرف في ملكه على وجه لم يأذن له فيه فصار

بخروج من ضمان المرتهن لان الضمان كان باعتبار قبضه وقد انتقض بالرد الى صاحبه فارتفع الضمان لارتفاع المقتضي له ولا يكون مضمونا على صاحبه لان الاسترداد بإذنه قال رحمه الله (فلو هلك في يد الراهن هلك مجانا) لارتفاع القبض الموجب للضمان على ما بينا قال رحمه الله (وبرجوعه عاد ضمانه) أي برجوع الرهن الى يد المرتهن عاد الضمان حتى يذهب الدين بهلاك لعود القبض الموجب للضمان وللمرتهن أن يسترده الى يده لان عقد الرهن باق الا في حكم الضمان في هذه الحالة ولهذا لو مات الراهن قبل أن يسترده كان المرتهن أحق به من بين سائر غرمائه لان يد العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن لانه قد ينفك عنه ألا ترى أن ولد الرهن رهن وليس بمضمون قال رحمه الله (ولو أعاره أحدهما أجنبيا بإذن الآخر سقط الضمان) لما بينا قال رحمه الله (ولكل أن يرد رهنا) لان لكل واحد منهما فيه حقا مختصا اذ هو باق على الرهنية لبقاء عقد الرهن على ما بينا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من المرتهن أو من أجنبي اذا باشرها أحدهما بإذن الآخر حيث يخرج عن الرهن ثم لا يعود الا بعقد مبتدإ ولو مات الراهن قبل أن يرهنه ثانيا كان المرتهن أسوة الغرماء لان الرهن تعلق به حق محترم لازم لهذه التصرفات فيبطل به حكم الرهن ولا كذلك العارية لانها لم تعلق بها حق لازم والايداع من أحدهما بإذن الآخر كالاعارة فلا عبرة لازم كالعارية والرهن كالاعارة فلا لازمة للازمة وبيع المرتهن الرهن وإجارته وهبته من الراهن كالاعارة لان هذه العقود لا تلزم في حقه لان ملكه باق فيه فتبطل به هذه العقود ولو أذن الراهن للمرتهن بالاستعمال أو أعاره للعمل فهلك قبل أن يأخذ في العمل هلك بالدين لبقاء عقد الرهن والدين والضمان وكذا اذا هلك بعد الفراغ من العمل لارتفاع يد الامانة بالفراغ ولو هلك في حالة العمل هلك أمانة لثبوت يد العارية بالاستعمال وهي مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان ولو اختلفا في وقت الهلاك فادعى المرتهن أنه هلك حالة العمل وادعى الراهن أنه هلك في غير حالة العمل كان القول قول المرتهن لانه منكر والبينة بينة الراهن لانه مدع قال رحمه الله (وان استعار رهنا بالرهنه صح) لانه متبرع بإثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع بإثبات ملك العين واليد وقضاء الدين بماله ويجوز أن ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن كما ينفصل في حق البائع زوالا لان البيع يزيل الملك دون اليد ثم يكون رهنا عارية عند قليل كان أو كثيرا اذا أطلق ولم يقيده بشيء لان الاطلاق يعتبر اعتبارا خصوصا في العارية لان الجهالة فيها غير مفسدة لكونها لا تفضي الى المنازعة قال رحمه الله (ولو عين قدرا أو جنسا أو بلدا فخالف ضمن المعير المستعير أو المرتهن) أي لو عين المعير قدر ما رهنه به أو جنسه أو البلد الذي يرهنه فيه فخالف كان للمعير الخيار ان شاء ضمن المستعير قيمته وان شاء ضمن المرتهن لان كل واحد منهما متعد في حقه فصار الراهن كالغاصب والمرتهن

غاصبا قال الكرخي في مختصره والمعير أن يأخذ من يد المرتهن ويضع الرهن فيه اذا كان معلوما أنه عارية من صاحبه وذلك له لما له بأذنه في هذا الرهن صار كأنه رهن ملكه بغير أمره فله أن يأخذ من يد المرتهن اه غاية * فرع كثيرا الوقوع فاذا في الخلاصة وللمرتهن أن يبيع ما يخاف عليه الفساد بأذن المالك ويكون ثمنه رهنا عنده اه وان باع بغير أمر القاضي كان ضامنا اه فاضيفات (قوله لان التقييد) أي تقييد المعير بقدر معين اه (قوله بما تيسر أداؤه) أي عند الاحتياج الى فكاكه اه (٨٩) (قوله لا يرجع عليه) أي على المستعير اه

كغاصب الغاصب وانما كان كذلك لان التقييد مفيد وهو يتنى الزيادة لان غرضه الاحتياس بما تيسر أداؤه وبتنى النقصان أيضا لان غرضه أن يبيعه مستويا للاكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع عليه بالكثير والنقصان عنع من ذلك فكون متعديا فيضمن الاداء عن أكثر من قيمته فرهنه بأقل من ذلك بمثل قيمته أو أكثر فانه لا يضمن لانه مخالف الى خير لان غرضه من الرجوع عليه بالكثير حاصل فالتبع تيسر أداؤه لانه لا يرجع الا بقدر القيمة لان الاستيفاء لم يقع الا به فتعينه أكثر من قيمته غير مفيد في حقه بل فيه ضرر عليه لتعسر أداؤه وكذلك التقييد بالجنس والشخص والبلد لان كل ذلك مفيد لتيسر بعض الاجناس في التحصيل دون بعض وتفاوت الاشخاص والبلدان في الحفظ والامانة فيضمن بالمخالفة ثم ان ضمن المستعير ثم عتد الرهن بينه وبين المرتهن لانه ملكه باداء الضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه وان ضمن المرتهن رجع المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن على ما بيناه في الاستحقاق قال رحمه الله (وان وافق وهلك عند المرتهن صار مستوفيا ووجب مثله للمعير على المستعير) لان قبض الرهن قبض استيفاء وبالهلاك يتم الاستيفاء فسقط الدين عن الراهن ويضمن للمعير قيمته لانه قضى بذلك القدر دينه ان كان كله مضمونا والا يضمن قدر المضمون والباقي أمانة وهذا ظاهر وكذا لو تفاوت قيمة الرهن بعيب أصابه بذهاب من الدين بحصابه ويرجع المعير بذلك على الراهن لما ذكرنا قال رحمه الله (ولو فكه المعير لا يمتنع المرتهن ان قضى دينه) لان المعير غير متبرع بقضاء الدين لما فيه من تخليص ملكه ولهذا يرجع على الراهن فصار أداؤه كاداء الراهن فيصير المرتهن مستوفيا على القبول بخلاف ما اذا قضى الاجنبي الدين لانه متبرع اذ لا يسعى في تخليص ملكه ولا في تفريغ ذمته فكان للطالب أن لا يقبل ثم يرجع المعير على الراهن بما أدى لما ذكرنا أنه غير متبرع بل هو مضطر فيه وذكر في النهاية أنه اذا فكه بأكثر من قيمته بان كان الدين المرهون به أكثر لا يرجع بالزائد على قيمته وهذا مشكل لان تخليص الرهن لا يحصل باعطاء بعض الدين فكان مضطرا وباعتبار الاضطرار ثبت له حق الرجوع فكيف يمتنع الرجوع مع بقاء الاضطرار وهذا الان غرضه تخليصه ليتنفع به ولا يحصل ذلك الا باداء الدين كله اذ للمرتهن أن يحبسه حتى يستوفي الكل على ما عرف في موضعه وبوهلك الرهن المستعار عند الراهن قبل ان رهنه أو بعد ما فكه فلا ضمان عليه لانه لم يصر قابضا دينه به وهو الموجب للضمان على ما بينا ولو اختلفا في ذلك كان القول قول الراهن لانه ينكر الايفاء بحاله والرجوع عليه باعتبار الايفاء محنه ولا يقال الظاهر يشهد للمعير لان سبب الضمان قد وجد بالرهن والراهن يدعي فسخه فوجب أن يكون القول للمعير لانا نقول الرهن لا يوجب الضمان وانما يوجبه الايفاء به ولهذا يتقدر بقدره ولو كان الرهن يوجبه لضمن كله ولو اختلفا في مقدار ما أمره بالرهن به كان القول للمعير لانا نقول أنكر الاصل كان القول له فكذا في انكاره الوصف ولو رهنه المستعير بدين موعود فهلك في يد المرتهن قبل الاقراض وقبضه والمسمى سواء ضمن قدر الموعود لما عرف أنه كالموجود ويرجع المعير على الراهن بمثله لان سلامة مالية الرهن باستيفائه من المرتهن كسلامة ما رامنه عنه ولو كانت العارية عبدا فأعتقه المعير جاز لقيام ملكه في الرقبة ثم المرتهن بالخيار ان شاء رجع بالدين على الراهن لانه لم يستوف وان شاء ضمن المعير قيمته

(١٢ - زيلعي سادس)

(قوله لا يضمن) أي الزيادة على القيمة اه (قوله ثم ان ضمن المستعير ثم عتد الرهن الخ) في فيه نظر لان الملك فيه لم يستند الى وقت القبض اذ القبض كان باذن المالك وانما يستند الى وقت المخالفة وهو التسليم الى المرتهن وعقد الرهن كان قبله فيقتضر ملكه على وقت التسليم فلم يتبين أنه رهن ملكه لان ملكه بعد عقد الرهن اه غاية (قوله كما في الهداية) (قوله في المتن وان وافق وهلك عند المرتهن الخ) قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا استعار الرجل من الرجل ثوبا ليرهنه بعشرة فرهنه بعشرة وقيمة الثوب عشرة أو أكثر فهلك عند المرتهن بطل المال عن الراهن ورجب مثله رب الثوب على الراهن لانه في ضمن اقتضاء المرتهن صار المعير مقرضا مثله من الراهن ورجع بمثله عليه اه اتقاني (قوله بذهاب من الدين بحصابه) أي بقدر حصة العيب اه غاية (قوله لا يرجع بالزائد على قيمته)

بيانه اذا أعاره عبدا قيمته مائة وأذن له أن يرهنه بمائتين فأفكه المعير مائتين رجع بمائة لان العبد لو هلك في يد المرتهن صار مستوفيا لهذا القدر ولم يكن للمعير أن يرجع بأكثر منه فكذا اذا قضى بنفسه لم يرجع بأكثر منه ويكون منطوعا في الزيادة التي قضاها ولا يقال انه لا يتوصل الى خلاص عبده الا بقضاء الجميع فلا يكون متبرعا في الزيادة لان استيفاء المرتهن بالهلاك كاستيفائه بالمباشرة فلا يرجع المعير اذا وفى بالمباشرة لا يرجع بها اذا وفى من طريق الحكم كذا ذكره القدوري في شرحه اه غاية (قوله ولو اختلفا في ذلك) يعني قال رب الثوب هلك قبل الفكاك وقال الراهن هلك بعد الفكاك اه

(قولهوالمرتهن حقه لازم الخ) قال القدوري في مختصره وجناية المرتهن عليه تسقط من دينه بقدرها اه والضمير في عليه راجع الى الرهن وفي دينه الى المرتهن وفي بقدرها الى الجناية وذلك لانه اتلف ملك غيره ومن اتلف ملك غيره لزمه ضمانه واذا لزمه الضمان وكان الدين قد حل سقط من الضمان بقدره ولزمه الباقي لان ما راد على قدر الدين من القيمة كان أمانة وانما ضمنه بالاتلاف لا بعقد الرهن فهو بمنزلة ما ربعة اذا أتلفها المودع يلزمه الضمان كذا في شرح الاقطع اه غاية (قوله لانه ترى أن اقرار المولى عليه الخ) قال الشيخ أبو الحسن الاكرخي في مختصره واذا رهن الرجل (٩٠) عبدا بألف درهم وقيمته ألف فجنى على الراهن في نفسه أو ماله جناية توجب مالا نفوذ هدر في قولهم جميعا الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله قال القدوري وذلك لان المولى لا يثبت له على عبده دين لحكم جناية الخطا حكم الدين لانا نرى أن المولى يملك أن يقر عليه بكل واحد من الامرين ولا يقبل اقرار العبد بهما فاذا لم يثبت أحدهما لم يثبت الآخر فليس كذلك جناية العبد لانها ثبتت باقرار العبد ولا تثبت باقرار المولى عليه فصار المولى معه فيها كالاجنبي ولان الرهن على ملك الراهن وانما تعلق حق المرتهن لان تعلق حقه بجعل المولى كالاجنبي فلا فائدة للمرتهن في ثبوت هذه الجناية فلم يثبت وليس هذا كجناية المغصوب على المولى لان المغصوب مضمون ضمانا تعلق به التمليك فصار كعقد الغاصب والرهن ليس بمضمون على الحقيقة قال شيخ الاسلام في شرح الكافي قيل هذا قول أبي يوسف ومحمد أما على قول أبي حنيفة تعتبر جناية الرهن على الراهن لانه مضمون على المرتهن فأشبه الغاصب ثم جناية المغصوب على المغصوب منه على هذا الاختلاف فهذا كذلك ثم قال والصحيح أن هذا قول الكل لانه ليس بمضمون مطلق بل هو مضمون لغيره وعينه أمانة فكان في معنى الامانة وقضية وصف الامانة أن تكون جنايته هدرا ولهذا كان جناية العبد على المشتري قبل القبض هدرا وان كان في ضمان البائع لانه مضمون عليه بغيره فهذا كذلك وكذلك جنايته على مولاه ومتاعه وأما اذا جنى الرهن على المرتهن فهو هدر في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد جنايته على المرتهن ثابتة اذا كانت في يد آدمي فان شاء الراهن والمرتهن أبطلا الرهن ودفعاه بالجناية الى المرتهن وان شاء المرتهن قال لا أطلب الجناية فيكون رهنا على حاله كذا ذكر الكرخي في مختصره اه غاية

لان عقده قد تعلق برقبته وقد أتلفه بالاعتاق فتكون القيمة رهنا عنده الى أن يقبض دينه فيرد الى المعير لان القيمة قائمة مقام العين فأخذت حكم العين ولو استعار عبدا أو دابة فيرهنه فاستهلك قبل أن يرهنه ثم رهنه ثم قضى المال فلم يقبضه حتى هلك عند المرتهن صار المرتهن مستوفيا لدينه به ورد على الراهن ما قبضه لحصول الاستيفاء بالرهن وضمن الراهن للعير قدر ما صار به موفيا دينه لانه لما رهنه أزال التعدي وقد برئت ذمته عن ضمان الغصب لانه أمين مخالف ثم عاد الى الوفاق فصار كحكم الرهن ولو هلك عند الراهن بعد الاسترداد لا يضمن لما ذكرنا أنه أمانة عاد الى حكم الرهن ولو استهلكه بعد الاسترداد ثم تركه ثم هلك لا يضمن أيضا لما ذكرنا أنه أمين وحكمه حكم الوديعة عنده لا حكم العارية لانتهاء حكم العارية بالفكاك فصارت يد مثيلا لمالك لكونه عاملا لمالك بحصيل مقصوده وهو الرجوع عند الهلاك بخلاف المستعير لان يده نفسه فاذا تعدى لا يبرأ من الضمان حتى يوصله الى يد المالك على هذا عامة المشايخ وقال شيخ الاسلام يبرأ المستعير اذا زال التعدي كالمودع وأستدل عليه هو بمسئلة المستعير للرهن وقد بينا المعنى فيه فلا يبقى حجة له على ذلك التغرير ولو مات مستعير الرهن فلساداة الراهن باق على حاله ولا يباع الا رضا المعير لانه ملكه ولو أراد المعير البيع وأبى المرتهن من بيعه بيع بغير رضاه اذا كان فيه وفاء لان حقه في الاستيفاء وقد حصل وان لم يكن فيه وفاء لم يبع الا برضاه لان له في الحبس منفعة فلعل المعير قد يحتاج الى الرهن فيخلصه بالاداء أو تزداد قيمته بتغير السعر فيستوفي منه حقه ولو مات المعير مفلسا وعليه دين أمر الراهن ببقضاء دين نفسه ورد الرهن ليصل كل ذي حق الى حقه وان عجز فقره فالراهن على حاله كما لو كان المعير حيا ولو تركه أخذه ان قضوا دينه لانهم بمنزلة الموتى فان طلب غرماء المعير وورثته بيعه فان كان فيه وفاء بيع والا فلا يباع الا برضا المرتهن كما بينا ولو كان الفاضل من دين المرتهن ليف بدين غرماء المعير ولا يباع الا برضاهم وان كان يفي بعض دينهم بيع بغير رضاهم لوصول حقهم اليهم وكذا الحكم لو مات المعير والمستعير قال رحمه الله (وجناية الراهن والمرتهن على الرهن مضمونة لان حق كل واحد منهما محترم فيجب عليه ضمان ما أتلف على صاحبه لان الراهن مالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه والمرتهن حقه لازم محترم وتعلق مثله بالمال يجعل المال كالاجنبي في حق الضمان كالعبد الموصى بخدمته اذا أتلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشتري بها عبد يقوم مقام الاول ولهذا يمنع المريض من التبرع بأكثر من الثلث ثم المرتهن يأخذ الضمان بدينه ان كان من جنس حقه وكان الدين حالا وان كان بخلاف جنسه بالدين فاذا حل أخذه بدينه ان كان من جنس حقه والا حبسه بدينه حتى يستوفي دينه قال رحمه الله (وجنايته عليهما وعلى مالهما هدر) أي جناية الرهن على الراهن والمرتهن وعلى مالهما هدر أطلق الجواب والمراد به جنايته لا توجب القصاص وان كانت توجبه فحتى يجب عليه القصاص أما للمرتهن فظاهر لانه أجنبي عنه وكذا المولى لانه كالاجنبي عنه في حق الدم اذ لم يدخل في ملكه الا من حيث المالية الا ترى أن اقرار المولى عليه بالجناية الموجبة للقصاص باطل واقرار العبد بنفسه بها جائز والاقرار بما يوجب المال

على عكسه فاذا اريد خصل فى ملكه من ذلك الوجه صار اجنبيا عنه فاذا الوجوب عليه بخلاف ما اوجب المال لان ماليته مالك للمولى ومستحق للمرتهن فلا فائدة فى اعتبارها اذ تحصيل الحاصل محال بخلاف جنايه المغصوب على المغصوب منه حيث تعتبر عند أبى حنيفة رحمه الله لان المالك عند أداء الضمان يثبت للغاصب مستندا حتى يكون الكفن عليه فكانت جنايته على غير مالكه فاعتبرت وهذا الحكم فيما اذا كانت جنايه الراهن موجبة للدين على العبد لدفع الرقبة بان كانت على غير الآدمى بلا خلاف بين أصحابنا رحمهم الله لما ذكرنا وان كانت موجبة لدفع الرقبة بان كانت على الآدمى فى النفس خطأ أو فيما دونها فكذلك عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا ان كانت جنايته على الراهن فكذلك وان كانت على المرتهن فمعتبرة لان فى اعتبارها فائدة تملك رقبة العبد والمرتهن غير مالك حقيقة فكانت جنايه الرهن عليه جنايه على غير المالك غير أنها سقطت لعدم الفائدة فى جنايه لا توجب دفع العبد لما ذكرنا وهذا أفادت ملك رقبة العبد وان كان دينه يسقط بذلك لانه قد يختار ملك رقبة العبد ورب مما يكون بقاء الدين أنفع له فيختار أيهما شاء ثم اذا اختار أخذه ووافقه الراهن على ذلك أبطلا الرهن لسقوط الدين بهلاكه لان دفعه بالجنايه يوجب هلاكه على الراهن فيسقط به الدين ولهذا لو جنى على الاجنبى فدفع بها يسقط الدين وان لم يطلب الجنايه فهو رهن على حاله ولأبى حنيفة رحمه الله أن هذه الجنايه لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجنايه لانها تحصلت فى ضمانه فلا يبقى وجوب الضمان مع وجوب التطهير عليه وهذا الاختلاف نظير الاختلاف فى العبد المغصوب فان جنايته على الغاصب لا تعتبر عند وعندهما تعتبر وما ذكرنا من الفائدة غير ظاهر لان أخذ العبد بالجنايه لا يكون الا باختيار المالك لان الجنى عليه لا يستبد بأخذه وقد لا يختار ولو اختار هو الدفع بل هو الظاهر لعدم وجوب الفداء عليه بالمنع وفى رواية عن أبى حنيفة رحمه الله اذا كانت قيمة الرهن أكثر من الدين أن جنايته على المرتهن معتبرة بحصتها لان الزائد أمانة فصار كجناية العبد المودع ولو جنى الراهن على ابن الراهن أو على ابن المرتهن فهى معتبرة فى الصحيح حتى يدفع بها أو يفدا وان كانت على المال بيع كما اذا جنى على الاجنبى أو جرأ جنى لتبين الاملاك قال رحمه الله (وان رهن عبدا يساوى ألفا بألف مؤجل فرجعت قيمته الى مائة فقتله رجل وغرم مائة وحل الاجل فالمرتهن يقبض المائة قضاء من حقه ولا يرجع على الراهن بشئ) وأصله أن النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا حتى كان له أن يطالب بجميع الدين عند رد ناقصا بالسعر خلافا لزفر رحمه الله هو يقول ان المالية قد انتقصت فأشبها انتقاص العين ولنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس وذلك غير معتبر فى البيع اذا حصل فى المبيع قبل القبض حتى لا يثبت للمشترى الخيار ولا فى الغصب حتى لا يجب على الغاصب ضمان ما نقص بالسعر عند رد العين المغصوبة بخلاف نقصان العين لانه بفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء اذ السديد الاستيفاء واذا لم يسقط شئ من الدين بنقصان السعر بقى مرهونا بكل الدين فاذا قتله وغرم قيمته يوم الاتلاف لان القيمة فى ضمان الاتلاف تعتبر وقت الاتلاف لانا لو اعتبرنا بقدر الفائت وأخذ المرتهن لانه بدل المالية فى حق المستحق وان كان مقابلا بالدم على أصلنا حتى لا يزاد على دية الحر لان المولى استحقه بسبب المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية فكذا فيما قام مقامه ثم لا يرجع على الراهن بشئ لان يد المرتهن يد استيفاء من الابتداء وبالهلاك يتقرر قبضه كانت فى الابتداء أمانة فصير مستوفيا للكل من الابتداء أو نقول لا يمكن أن يجعل مستوفيا للالف عمانة لانه يؤدى الى الربا فصير مستوفيا لمائة وبقى تسعمائة فى العين فاذا هلكت يصير مستوفيا لتسعمائة بالهلاك بخلاف ما اذا مات من غير قتل أحد لانه يصير مستوفيا للكل بالعبد لانه لا يؤدى الى الربا لاختلاف الجنس بخلاف المسئلة الاولى لانا لو جعلنا مستوفيا للالف بمائة يؤدى الى الربا فجعلناه مستوفيا لتسعمائة بالعبد الهالك وهو المقبوض وللمائة بالمائة قال رحمه الله (ولو باعه بمائة بأمره قبض المائة قضاء من حقه ورجع بتسعمائة) أى لو باع المرتهن العبد الذى يساوى ألفا بمائة

(قوله ثم اذا اختار) التفريع على قولهما اه (قوله ولو جنى الرهن الخ) قال صاحب الهداية وهذا بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن أو ابن المرتهن يعنى أن جنايه الرهن على المرتهن هدر عند أبى حنيفة بخلاف جنايته على ابن الراهن أو ابن المرتهن فانه معتبر بالاتفاق اهنهاية (قوله خلافا لزفر) واذا انتقص من عينه شئ ذهب قسطه من الدين بالاتفاق اه اتقانى

بأمر الراهن وكان رهنا بألف قبض المرتهن تلك المائة التي هي الثمن فضاعت فقبضه ورجع على الراهن بتسعمائة لانه لما باعه باذن الراهن صار كأن الراهن استردّه وباعه بنفسه ولو كان كذلك لبطل الرهن وبقي الدين بالابتداء واستوفى فكذا هنا قال رحمه الله (وان قتله عبد قيمته مائة فدفع به اقتسكه بكل الدين) وهو الالف وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد هو بالخيار ان شاء أقتسكه بجميع الدين وان شاء سلم العبد المدفوع الى المرتهن بدينه ولا شئ عليه غيره وقال زفر رحمه الله يصير رهنا بمائة لان بدل المرتهن يدا ستيفاء وقد تقرر بالهلاك الا أنه أخلف بدلا بقدر العشر فيبقى الدين بقدره قلنا ان العبد الثاني قام مقام الاول لما رد ما ولو كان الاول قائما وانتقص بالسعر لا يسقط الدين وهو على الخلاف ونحن ان المرهون تغير في ضمان المرتهن فيخير الراهن كالمبيع والمغصوب اذا كانت قيمة كل واحد منهما ألفا وقتل كل واحد منهما عبد اقيمته مائة فان كل واحد من المشترى والمغصوب منه بالخيار ان شاء أخذ القاتل ولا شئ له غيره وان شاء فسخ المشترى البيع ورجع المغصوب منه بقيمته ولهما ان التغير لا يظهر في نفس العبد لقيام الثاني مقام الاول لما رددنا كما ذكرنا مع قوله رحمه الله وعين الرهن أمانة عند المرتهن فلا يجوز تعليكه من المرتهن بغير رضاه ولان جعل الرهن بالدين حكم جاهلي وانه منسوخ بقوله صلى الله عليه وسلم لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه الحديث بخلاف ما ذكرمن البيع والغصب لان حكم الخيار في البيع الفسخ وفي الغصب تمليكه باداء الضمان وهما مشروعان وعلى هذا الخلاف لو تراجع سعره حتى صار بساوي مائة ثم قتله عبد يساوي مائة قدفع به وان اقتل العبد المرهون قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن ولا يملك الدفع لانه لا يملك التمليك ولو فداه طهر المحل وبقي الدين على حاله ولا يرجع المرتهن على الراهن بشئ من الفداء لان الجناية حصلت في ضمانه ولو أبى المرتهن أن يفدي قيل للراهن ادفع العبد أو افده لان الهلاك وأيهما فصل سقط دين المرتهن به لان العبد قد هلك بالدفع بسبب كان في يد المرتهن وكذا بالفداء لانه كالحاصل له بعوض بخلاف ولد الراهن اذا قتل انسانا أو استهلك مالا حيث يخاطب الراهن ابتداء بالدفع أو الفداء لانه غير مضمون على المرتهن فاذا دفع خرج من الرهن ولم يسقط شئ من الدين كالو هلك ابتداء فان فداه فهو رهن مع أمه على حالهما ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته فان أدّاه المرتهن فدين نفسه على حاله كما في الفداء وان أبى قيل للراهن بعه في الدين الا أن يختار أن يؤدّي عنه فان أدّى بطل دين المرتهن كما ذكرنا في الفداء وان لم يؤدّ وبيع العبد فيه يأخذ صاحب دين العبد دينه لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وعلى حق المولى لان حقه مقدم على حق المولى وكذا على حق المرتهن لانه قائم مقام المولى في المالية ولهذا المعنى قلنا يقدم دين العبد على حق ولي الجناية أيضا لان ولي الجناية قائم مقام المولى في ملك العين فان فضل شئ من دين العبد ودين غريم العبد مثل دين المرتهن أو أكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن لان الرقبة استحقت بمعنى هو في ضمانه فأشبه الهلاك وان كان دين العبد أقل منه سقط من دين المرتهن بقدره وما فضل من دين العبد يبقى رهنا كما كان ثم ان كان دين المرتهن قد حل أخذ منه لانه من جنس حقه وان كان لم يحل أمسكه حتى يحل ثم يأخذ اذا حل ان كان من جنس حقه وان كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم أخذ الثمن ولا يرجع عبايق على أحد حتى يعتق العبد لان الحق في دين الاستهلاك يتعلق برقبته وقد استوفيت فيتأخر الى ما بعد العتق ثم اذا أدّى العبد بعد العتق لا يرجع على أحد لانه وجب عليه بفعله هذا اذا كان كله مضمونا وان كان بعضه أمانة بان كانت قيمته أكثر من الدين وقد جنى العبد جنايا به قبل لهما افسده أما وادغما بعضها لان البعض مضمون والبعض أمانة والفداء في المضمون على المرتهن وفي الامانة على الراهن فان اجتمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن لما بينا وانما له التخليص بالفداء ولهذا لو طلب رضاه في الدفع لاحتمال أن يختار الفداء وان تشاحا قال قول من قال أنا أفدي أيهما كان أما اذا كان هو المرتهن فلانه ليس في الفداء الذي يختاره ابطال حق الراهن

(قوله ولو فداه طهر) طهر بالطاء المهملة اه اتقاني (قوله المحل) وهو العبد عين الجناية اه غاية (قوله لان الجناية حصلت في ضمانه فلو أنه رجع على الراهن عليه اه غاية (قوله يأخذ صاحب) أي الذي استهلك العبد ماله اه (قوله ولهذا المعنى قلنا يقدم دين العبد الخ) أي قيمة المستهلك اه قال القدوري وانما قلنا ان حق ولي الجناية وحق ولي دين العبد يقدم على حق المرتهن لان حقهما يقدم على حق المالك وهو أقوى من حق المرتهن فلان يقدم على حق المرتهن أولى اه اتقاني (قوله فالفضل للراهن) يعني ان كان ما أخذه غريم العبد من ثمن العبد مثل ما للمرتهن أو أكثر بطل دين المرتهن على الراهن وان كان أقل منه بطل قدر ذلك على الراهن ورجع المرتهن على الراهن بما بقي من دينه اه (قوله وما فضل) أي وما فضل من ثمن العبد من دينه يبقى رهنا كما كان اه (قوله وان كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم) أي الذي استهلك العبد ماله اه (قوله بأن كانت قيمته أكثر من الدين) أي بان كانت قيمة العبد ألفين وهو رهن بألف اه (قوله وان تشاحا) اي في الدفع والفداء اه

وفى الدفع الذى يختاره الراهن ابطال حق المرتهن ويكون المرتهن فى الفداء مستطوعا فى حصة الامانة حتى لا يرجع على الراهن بذلك لانه كان يمكنه أن لا يختاره فيخاطب الراهن فلما التزمه والحالة هذه كان متبرعا على ماروى عن أبى حنيفة رحمه الله بخلاف ما اذا كان غائبا لانه تعذر خطابه والمرتهن محتاج الى اصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح الامانة فلا يكون متبرعا وعند أبى يوسف ومحمد وزفر والحسن رحمهم الله المرتهن متطوع فى الوجهين لانه فدى ملك غيره بغير أمره فصار كالأجنبى وأما اذا كان المختار للفداء هو الراهن فلأن المرتهن ليس له ولاية الدفع فكيف يختاره ولان فى الدفع الذى يختاره المرتهن تفويت حق الراهن فى العين من غير فائدة تحصل له لان حقه يسقط بالدفع كما يسقط بفدائه الراهن ثم اذا فداه الراهن يحتسب على المرتهن حصة المضمون من الفداء من دينه لان سقوط الدين أمر لازم دفع أو فدى لانه بالاستحقاق صار هالكا فاذا فداه صار كأنه حصله بالفداء فلم يحصل الراهن فى الفداء متطوعا ثم نظر ان كان حصة المضمون من الفداء مثل الدين أو أكثر بطل الدين وان كان أقل سقط من الدين بحسابه وكان العبد رهنا بما بقى لان الفداء فى حصة الامانة كان عليه وفى حصة المضمون كان على المرتهن فاذا أدّاه الراهن وهو ليس بمتطوع فيه كان له الرجوع عليه فيصير قصاصا بدينه كله أو فى بعضه فيبقى العبد رهنا بما بقى بخلاف ما اذا فداه المرتهن حيث يكون متطوعا فى حال حضرة الراهن لا فى حال غيبته على ما بينا وعن زفر عن أبى حنيفة على عكسه بأن الراهن اذا كان حاضرا فللمرتهن أن يكون متطوعا فى الفداء وان كان غائبا كان متطوعا فيه ووجهه أن الحجى عليه لا يخاطب المرتهن فى حال غيبة الراهن لانه ليس بمالك ولا يقدر على الدفع ولا يمكن من أخذ العبد منه ما لم يحضر الراهن فلا حاجة له الى الفداء فاذا فداه من غير حاجة اليه كان متطوعا وأما فى حالة حضرته فالمجنى عليه يخاطبهما بالدفع أو الفداء ولا يتوصل المرتهن الى استدامة يده الا بالفداء فكان مضطرا اليه فلا يكون متبرعا كصاحب الدرهم وصاحب الحمولة اذا بنى السفل ثم بنى عليه علوه وكذا فى جناية ولد الراهن اذا قال المرتهن أنا أفدى كان له ذلك وان كان المالك يختار الدفع لانه ان لم يكن مضمونا عليه فهو محبوس بدينه وله فى الفداء غرض صحيح من زيادة الاستيثاق ولا ضرر على الراهن فكان له ذلك قال رحمه الله (وان مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين) لان الوصى قائم مقام الموصى ولو كان الموصى حيا كان له أن يبيع الرهن فكذا الوصيه قال رحمه الله (فان لم يكن فوصى نصبه القاضى وصيا أو أمر ببيعه) وفعل ذلك الى القاضى لان القاضى نصب لاظهار حقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم وقد تعين النظر فى نصب الوصى ليؤدى ما عليه لغيره ويستوفى حقوقه من غيره ولو كان على الميت دين فرهن الوصى بعض التركة عند غريم له من غرمائه لم يجز وللآخرين أن يردّوه لانها يشار بعض الغرماء بالايفاء الحكمى فأشبه الايثار بالايفاء الحقيقى والجامع ما فى كل واحد منهما من ابطال حق غيره من الغرماء ألا ترى أن الميت بنفسه لا يملك ذلك فى مرض موته فكذا من قام مقامه وان قضى دينهم قبل أن يردوه جاز لزوال المانع بوصول حقهم اليهم ولو لم يكن للميت غريم آخر جاز لان رهنه اختيارا بالايفاء الحقيقى وبيع فى دينه لانه بيع فيه قبل الرهن فكذا بعده واذا ارتهن الوصى بدين للميت على رجل جاز لانه استيفاء فله كما له أن يبيعه ان وكل والافلا لان الراهن وكذا لو ارتهن الموصى ومات قام الوصى مقامه الا أنه لا يبيعه لان الوكالة تبطل بموته

﴿فصل﴾ قال رحمه الله (رهن عصيرا فصيّره عشرة عشرة فتخمر ثم تخلل وهو باق عشرة فهو رهن بعشرة) لان ما يكون محلا للبيع بقاء يكون محلا للرهن بقاء كالأن ما يكون محلا للبيع ابتداء يكون محلا للرهن ابتداء وانما يحل محل البيع بقاء ألا ترى أن من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض بقى العقد فيها الا أن المشترى يتخير فى البيع لتغير وصف المبيع كذا ههنا يعيب الرهن بقاء وهذا لان العقد وقع صحيحا فاذا تخمر فسد لكن بالتخلل يعود العقد صحيحا لعود المالية المتقومة فيها وزال على الفكاك اه اتقانى

(قوله من ابطال حق غيره) أى غير من رهن عنده اه (قوله وبيع فى دينه) أى لانه لا من احبله اه

﴿فصل﴾ هذا الفصل بمنزلة فصل المسائل المتفرقة المذكورة فى آخر الكتب فلذلك أخره استدرا كلما فات فيما سبق اه اتقانى (قوله كأن ما يكون محلا للبيع الخ) قال الولوالجى رحمه الله وما جاز بيعه جاز رهنه لان عقد الرهن عقد تغليظ بدا فاذا ملك تغليظ العين رقبة ويدا أولى أن يملكها يدا اه ذكره فى الرهن (قوله لعود المالية المتقومة فيها الخ) فكان رهنا بالعشرة ولكن هذا انما ينتقص من مقداره بالقصر والغالب النقصان فاذا انتقص سقط من الدين بقدره وانما فيدنا بنقصان المقدار لانه اذا انتقص سعره لامقداره لا يسقط شئ من الدين لكن الراهن يتخير كما اذا انكسر القلب ان شاء انتكه ناقصا بجميع الدين وان شاء امسكه فبقيه رهنا عنده عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد ان شاء انتكه ناقصا وان شاء جعله بالدين كذا ذكره فى شرح الكافى وان لم تنتقص قيمته لا يخير فيبقى رهنا كما كان لانه لا ضرر فى الجبر

(قوله والافلا) قال العيني رحمه الله بعد أن حكى قول الشارح قلت العبرة تزيد وتنقص بازدياد القدر ونقصانه اه (قوله في المتن فهو رهن بدرهم) لان عقد الرهن ينعقد على ثبوت الشاة لان المرتهن صار مستوفيا بالهلاك وبالاستيفاء تأكد عقد الرهن فاذا عادت المالية بالدباغ صادفت عقدا تأكد ففيثبت فيه حكمه بقسطه بخلاف البيع فان عامة المشايخ قالوا في الشاة المبيعة اذا ماتت قبل القبض ثم دبغ جلدها فان البيع لا يعود ولا نص فيه كذا قال فخر الاسلام والحاصل هنا ما قالوا في شروح الكافي أن لعلمائنا فيه طريقان أحدهما أنه بطل أصلا لانعدام محلية الرهن بهلاك الشاة ثم عاد حكم الرهن بقدر الجلد لانه حي هذا القدر ولو سبي كله يعود كل الرهن فاذا حي بعضه يعود بقدره والثاني أنه لم يبطل الرهن في قدر الجلد لان احتمال المالية قائم في هذا القدر فكان في بقاء الرهن فائدة فيتوقف فيه وهو الاصح اه اتقاني (قوله ومن المشايخ من قال يعود البيع) والجمهور على أنه لا يعود كما بينا اه كاكي

المفسد وقوله ثم تخلل وهو يساوي عشرة يشير الى أن المعتبر فيه في الزيادة والنقصان القيمة وليس كذلك بل المعتبر فيه القدر لان العصير والخل من المقدرات لانه اما مكيل أو موزون وفيهما نقصان القيمة لا يوجب سقوط شئ من الدين كما مر في انكسار القلب وانما يوجب الخيار على ما ذكرنا لان الفائت فيه مجرد الوصف وفوات شئ من الوصف في المكيل والموزون لا يوجب سقوط شئ من الدين باجماع بين أصحابنا رحمهم الله فيكون الحكم فيه أنه ان نقص شئ من القدر سقط بقدره من الدين والا فلا (قال رحمه الله (وان رهن شاة قيمتها عشرة فماتت فدبغ جلدها وهو يساوي درهما فهو رهن بدرهم) لان الرهن يتقرر بالهلاك واذا جئ بعض المحل يعود الحكم بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع بقدره لان البيع ينفسخ بالهلاك قبل القبض والمفسوخ لا يعود صحيحا وأما الرهن فيتقرر بالهلاك ومن المشايخ من يقول يعود البيع صحيحا وقوله فهو رهن بدرهم قالوا هذا اذا كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهما وان كانت قيمته يومئذ درهمين كان الجلد رهنا بدرهمين وانما يعرف ذلك بالتقويم بأن تقوم الشاة المرهونة غير مسلوخة ثم تقوم مسلوخة فالتفاوت بينهما هو قيمة الجلد هذا اذا كانت الشاة كلها مضمونة وان كان بعضها أمانة بان كانت قيمتها أكثر من الدين يكون الجلد أيضا بعضه أمانة بحساب قيمته فيكون رهنا بحصته من الدين قالوا هذا اذا دبغه المرتهن بشئ لا قيمة له وان دبغه بشئ له قيمة ثبت للمرتهن حق حبسه بمازاد الدباغ فيه كالو غصب جلدا ميتة ودبغه بشئ له قيمة ثم قبل يبطل الرهن فيه حتى اذا أدى الراهن مازاد الدباغ فيه أخذه وليس له أن يحبسه بالدين لانه لما حدث الدين الثاني وصاره محبوسا بحكم خارج عن أن يكون رهنا بالاول حكما لقصاركما اذا زاد رهنه حقيقة بأن رهن الراهن رهنا بدين آخر غير ما كان محبوسا به فانه يخرج عن الاول ويكون رهنا بالثاني فكذا هذا وقيل لا يبطل لان الشئ انما يبطل بما هو فوقه أو مثله ولا يبطل بما هو دونه والراهن بالثاني هنا دون الاول لانه انما يستوجب حبس الجلد بالمالية التي اتصلت بالجلد بحكم الدباغ ونال المالية تبع للجلد لانها وصف له والوصف تابع للاصل والراهن الاول رهن بما هو أصل بنفسه وليس بتبع لغيره وهو الدين فيكون أقوى من الثاني فلم يرتفع الاول بالثاني وبثبت الثاني أيضا لان سببه قد تحقق وانه لا يمكن رده بخلاف الاجارة والرهن لان رد هما ممكن فأمكن القول ببطلانهما ولو أبرئ العبد الراهن وحمل بالدين ثم عاد يعود الدين وعند زفر رحمه الله لا يعود بل يكون مملكا للمرتهن لان القاضي لما جعله بالدين فقد ملكه كالمغصوب يعود بعد الضمان فانه يكون ملكا للغاصب ولا يعود الى ملك المغصوب منه قلنا ان الرهن لا يملك بالدين لانه حكم جاهلي على ما بينا وانما يتقيد بقبضه الاستيفاء من وجه ويتم ذلك بالهلاك فاذا عاد ظهر أنه لم يتم فبقي محبوسا بالدين والدليل على أنه لا يملك به العين أن كفنه على الراهن بخلاف المغصوب (قال رحمه الله (وغناء الرهن كالولد والثمر والدين والصوف للراهن) لانه متولد من ملكه (قال رحمه الله (وهو رهن مع الاصل) لانه تبع له والرهن حق متأكد لانه فسري الى الولد الا ترى أن الراهن لا يملك ابطاله بخلاف ولد الجارية الجانية حيث لا يسري حكم الجناية الى الولد ولا يتبع أمه فيه لان الحق فيها غير متأكد حتى ينفرد المالك باتلافه بالفداء وبخلاف ولد المستأجرة والكفالة والمغصوبة وولد الموصى بخدمتها لان المستأجر حقه في المنفعة دون العين وفي الكفالة الحق بثبت في الذمة والولد لا يتولد من الذمة وفي الغصب السبب ثبات يد العادية بازالة الهيئة وهو معدوم في الولد ولا يمكن اثباته فيه تبعا لانه فعل حسي والتبعية تجري في الاوصاف الشرعية وفي الجارية الموصى بخدمتها المستحق له الخدمة وهي منفعة والولد غير صالح لها قبل الانفصال فلا يكون تبعا لها وبعده لا يتطلب موجبا أيضا بعد أن انعقد غير موجب قال رحمه الله (وبهلاك هما) أي اذا هلكت الشاة هما بغير شئ لان الاتباع لا تقسط لها هنا بمقابل بالاصل لانها لم تدخل تحت العقد مقصودا اذا لفظ لا يتناولها قال رحمه الله (وان هلك الاصل وبقي الماء فلك بحصته) أي اذا هلكت الرهن وبقي النماء بقلك الولد بحصته

من

قوله ولهذا لو هلك الولد الخ) قال الكرخي في مختصره فان لم يفتكه الراهن حتى مات بعد أمره مذهب بغير شيء موصار كأنه لم يكن وذهبت الام بجميع الدين الى هنا لفظ الكرخي وذلك لما مناً أنه لا حصة للولد قبل الفكاك فاذا مات فكأنه لم يكن فيحكم بأن الام هلكت بالدين كذا في أيماء البيان وقد ذكرنا في هذا المحل فروعا جمة فلتستثمر اه (قوله فما أصاب الاصل الخ) شأنه ما قالوا في الزيادات رجل رهن رجلا شاة سماوي عشرة دراهم بعشرة وأذن الراهن للمرتهن أن يحتلب لبنها ويشرب منه ويأكل (٩٥) ففعل صبح لان صاحب الملك قد

من الدين لانه صارله مقصودا بالفكاك والتبع اذا صار مقصودا يكون له قسط كولد المبيع لا حصة له من الثمن ثم اذا صار مقصودا بالقبض صارله حصة حتى لو هلكت الام قبل القبض وبقي الولد كان للمشتري أن يأخذ بحصة من الثمن ولو هلك قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن قال رحمه الله (ويقسم الدين على قيمته يوم الفكاك وقيمة الاصل يوم القبض وسقط من الدين حصة الولد وفك النماء بحصته) لان الولد صار له حصة بالفكاك والام دخلت في ضمان من وقت القبض فتعتبر قيمة كل واحد منهما في وقت اعتباره ولهذا لو هلك الولد بعد هلاك أمه قبل الفكاك هلك بغير شيء فعلم بذلك أنه لا يقابله شيء من الدين الا عند الفكاك ولو أذن الراهن للمرتهن في أكل زوائد الرهن بان قال مهما زاد فكله فأكله فلا ضمان عليه ولا يسقط شيء من الدين لانه أتلفه باذن المالك وهذا بأحد الاطلاق يجوز تعليقه بالشرط والخطر بخلاف التمليك وان لم يفتك الرهن حتى هلك في يد المرتهن قسم الدين على قيمة الزيادة الى أكلها المرتهن وعلى قيمة الاصل فما أصاب الاصل سقط وما أصاب الزيادة أخذه المرتهن من الراهن لان الزيادة تلفت على ملك الراهن بفعل المرتهن بتسليط منه فصار كأن الراهن أخذه أو أتلفه فيكون مضمونا عليه فكان له حصة من الدين فبقي حصته هكذا ذكر في الهداية والكافي وفتاوى فاضيخان والمحيط وغيرها في الجامع قال رحمه الله (وتصح الزيادة في الرهن لا في الدين) معناه لا يصير الرهن رهنا بالدين المزيد وصورة الزيادة في الرهن ظاهر وهو أن يزيد رهنا على الرهن الاول فيكون رهنا بالدين الاول وأما صورة الزيادة في الدين فهو أن يزيد بنا على الدين الاول على أن يكون الرهن الاول رهنا بالدينين وهو غير جائز وقال أبو يوسف رحمه الله تجوز الزيادة في الدين أيضا وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا تجوز الزيادة في الرهن أيضا لانه يؤدي الى الشيوع لانه لا يبدأ للرهن الثاني من أن يكون له حصة من الدين فيخرج الرهن الاول بقدره من أن يكون رهنا أو مضمونا وذلك شائع والشيوع مفسد للرهن ولابي يوسف رحمه الله أن الدين في باب الرهن كالعين في البيع والرهن كالعين فتجوز الزيادة فيهما كما في البيع والجامع بينهما الالتحاق باصل العقد للصاحة وامكان الالحاق فيهما كما في البيع ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله أن الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن لان الزيادة في الدين تثبت في ضمان الدين الثاني فيكون بعض الرهن مضمونا به وبعضه مضمونا بالدين الاول وذلك البعض مشاع فلا يجوز بخلاف الزيادة في الرهن لانها توجب تحول بعض الدين الى الرهن الثاني لان الدين ينقسم عليهما فصار الشيوع في الدين لا في الرهن وذلك غير مانع صحة الرهن الا ترى أنه لو رهن شيأ بخمسمائة من ألف درهم عليه جاز ولو كان الشيوع في الدين يمنع لما جاز والالتحاق بأصل العقد غير ممكن في طرف الدين لانه غير معقود عليه ولا هو معقود به بل وجوده سابق على الرهن ولهذا يبقى الدين بعد فسخ الرهن والزيادة تكون في المعقود عليه كالمبيع أو في المعقود به كالثمن لا في غيره لانه ليس باحد البدلين والزيادة تختص بهما ثم المراد بقولهم ان الزيادة في الدين لا تصح أن الرهن لا يكون رهنا بالزيادة وأما نفس زيادة الدين على الدين فصحيحة لان الاستدانة بعد الاستدانة تقبل قضاء الدين الاول جائزا جاعا ثم اذا صحت الزيادة في الرهن وقسمي هذه زيادة قصد به قسم الدين على قيمتها يوم قبضها وعلى قيمة الاول يوم قبضه لان كل واحد منهما دخل في ضمان

(قوله وقال زفر والشافعي الخ) وهو القياس اه غاية (قوله ولابي حنيفة ومحمد الخ) وهو القياس اه هداية (قوله وذلك البعض مشاع) ولو رهنها بنداء نصف العبد بين ونصفه بدين آخر لم يجز اه اتقاني (قوله والالتحاق بأصل العقد) جواب عن قول أبي يوسف اه (قوله وتسمى هذه زيادة قصدية) وهو احتراز عن الزيادة الضمنية وهي زيادة النماء وثمة يقسم الدين على قيمة الاصل يوم الرهن وعلى قيمة النماء يوم الفكاك اه اتقاني (قوله وعلى قيمة الاول يوم قبضه) حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة وقيمة الاول يوم القبض ألف والدين ألف يقسم الدين أثلاثا في الزيادة ثلث الدين وفي الاصل ثلثا الدين اه هداية

المرتهن يوم قبضه فكان هو المعتبر واذا ولدت المرهونة ولدا ثم ان الراهن ذبح الولد عبدا وقيمة كل واحد منهم ألف درهم والدين ألفا العبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما في الولد عليه يوم فكاكه وعلى العبد الذي زيد عليه لانه يجعل زيادة مع الولد دون الام والولد لا حصة له الا وقت الفكاك فما أصاب الولد في ذلك الوقت قسم عليه وعلى العبد الزيادة فاذا كرنا وقبل ذلك الولد تبع لا حصة له من الدين حتى لو مات الولد بعد الزيادة قبل الفكاك بطلت الزيادة لان الولد اذا هلك خرج من العقد فصار كأن لم يكن فبطل الحكم في الزيادة وكذا لو هلكت الزيادة قبل فكاك الولد هلكت بغير شئ لانه تبع فيأخذ حكمه ولو كانت الزيادة مع الام قسم الدين على قيمتهم يوم قبضها وعلى قيمة الزيادة يوم قبضها على ما ذكرنا فما أصاب الام قسم عليها وعلى ولدها اذا هلكت فما أصاب الام ذهب وسقط وما أصاب الولد انفك به الراهن لان الزيادة دخلت على الام فيقسم الدين عليها وعلى الزيادة أولا ثم ما أصاب الام قسم عليها وعلى ولدها اذا هلكت وبقي الولد الى الفكاك ولو هلك الولد بعد هلاك كما قبل الفكاك أو هلك هو وحده دونها ذهب بغير شئ لما ذكرنا انه لا حصة له الا وقت الفكاك فصار كأنه لم يكن أصلا فبقي حصة الام كلها عليها تذهب بهلاكها وحصة الزيادة أيضا تذهب بذهاب الزيادة فصار كأن الرهن في الام وحدها وزاد العبد عليها فأيهما هلك بحصته وافتك من بقي منهما بحصته قال رحمه الله (ومن رهن عبدا بألف فدفع عبدا آخر هنا كان الاول وقيمة كل ألف فالاول رهن حتى يرد ما في الراهن والمرتهن في الآخر ما فين حتى يجعله كان الاول لان الاول دخل في ضمانه بالقبض والدين فلا يخرج عن الضمان ما دام باقيا فيدخل الاول في ضمانه لانه لا يدخل الثاني في ضمانه لانهما رضيا بدخول أحدهما فيه لانه دخوله مانعه فاذا دخل الاول في ضمانه ثم قبل يشترط تجديد القبض فيه لان يد المرتهن على الثاني يد أمانة وقد برأ الراهن يد استيفاء ونمان فلا تنوب عنه كمن رهن عبدا على آخر جيادا فأستوفى زيوفا بظنها جيادا ثم علم أنها زيوف وطالبه بالجياد وأخذ هاتان الجياد أمانة في يده ما لم يرد الزيوف ويجدد القبض في الجياد وقيل لا يشترط لان الرهن تبرع كالهبة وعينه أمانة على ما عرف وقبض الامانة ينوب عن قبض الامانة ولان الرهن عينه أمانة والقبض يرد على العين فينوب قبض الامانة عن قبض العين ولو برأ المرتهن الراهن عن الدين أو وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن هلك بغير شئ استحسانا خلافا للزفر رحمه الله لان الرهن مضمون بالدين أو بجهته عند تعذر الوجود كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالابراء والهبة ولا جهته لسقوطه اذ الانسان منه من صاحبه فيصير غاصبا بالمنع وكذا اذا رجعت المرأة بصداقها رهانا فأبرأته أو وهبته له أو اختلعت عليه أو ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول بها ثم هلك الرهن في يدها هلك بغير شئ لسقوط الدين ولو استوفى المرتهن الدين بايفاء الراهن أو بايفاء متطوع ثم هلك الرهن في يد المرتهن بالدين ويجب عليه رد ما استوفى الى من استوفى منه وهو من عليه الدين أو المتطوع بخلاف الابراء ووجه الفرق ان الابراء يسقط به الدين أصلا وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب وهو السبب الموجب للدين لكن يكون المقبوض مضمونا على القابض فيلتقيان قصاصا ومعناه أن دين كل واحد منهما على صاحبه يبقى على حاله لعدم الفائدة في مطالبة كل واحد منهما صاحبه لان كل استيفاء يوجد يعقب مطالبة مثله فيؤدي الى الدور فترك الطلب لعدم الفائدة فأما الدين نفسه فثابت في ذمة كل واحد منهما فاذا هلك الرهن بقرار الاستيفاء الاول وهو الاستيفاء بقبض الرهن وينتقض الاستيفاء الثاني الذي هو الحقيقة وكذا اذا اشترى بالدين عينا أو صالح عن الدين على عين وكذا اذا أحال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة وهلك بالدين لانه في معنى البراءة بطريق الاداء لانه يخرج بالحوالة عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه أو مثل ما يرجع عليه ان لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين لانه بمنزلة الوكيل وكذا اذا تصادقا على أن لا دين ثم هلك الرهن بهلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق على

المرتهن دينه ثم هلك الرهن رد الدين لان بقبض الدين لم يسقط الدين عن الغريم من كل وجه ولهذا صحت الهبة واذا بقي أصل الدين بقي الضمان اه (قوله وكذا اذا اشترى) أي المرتهن اه (قوله بالدين عينا) أي من المرتهن اه (قوله أو صالح عن الدين على عين) أي لانه استيفاء اه هداية أي لان الصلح عن الدين على العين استيفاء للدين اه وكتب ما نصه ويجب على المرتهن رد الزهن على الراهن فان هلك قبل أن يرده يجب عليه رد قيمته اه غاية (قوله لانه بمنزلة الوكيل) أعني أن المحتال عليه بمنزلة الوكيل عن المحيل ثبت أن هذا براءة وقعت بطريق الاداء فلا يخرج الرهن من أن يكون مضمونا فاذا هلك بالدين بطلت الحوالة لانه يعتقد حكم الاستيفاء عند الهلاك الى القبض السابق فتبين أنه أحال بالدين ولا دين اه اتقاني وكتب ما نصه قال الحاكم الشهيد في الكافي ولو ارتهن عبدا بألف درهم ياسو بها ثم تصادقا أنه لم يكن له عليه شئ وقد مات العبد فعلى المرتهن أن يرد عليه ألف درهم قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرحه الذي هو مبسوط وذلك لانه قبضه على ظاهر الدين فلا يكون دون المقبوض على سوم المقبوض على سوم قيامه الغرض مضمون عليه حقيقة بما ساوموه ولم يصفقه فكذا المقبوض على ظاهر الدين اه غاية

مناسبة الجنايات بالرهن من حيث الحكم لان حكم الرهن هو صيانة الدين عن التوى والتلف بوثيقة الرهن فكذا حكم الجناية صيانة النفس عن هلاكها الا ترى الى قوله تعالى ولكم فى القصاص حياة ولكن قدم الرهن لانه مشروع بالكتاب والسنة بخلاف الجناية فانها محظورة ولانها عبارة عما ليس للانسان فعله وكل ما ليس (قوله والمراد به بيان قتل تتعلق به الاحكام الخ) أى المراد القتل الذى هو جناية وهو ما تتعلق به الاحكام المذكورة فان القتل أكثر من خمسة كقتل المرتد والقتل رجما والقتل بقطع الطريق وقتل الحربى والقتل قصاصا ثم القتل عبارة عن ازهاق الروح بفعل شخص وان كان ازهاق الروح بالفعل يحقوق يسمى ذلك موتا اه (قوله هذا تقسيم الشيخ أبى بكر الرازى) وتبعه القدورى فى مختصره فى تقسيمه اه (قوله أنه على ثلاثة أوجه الخ) قال الاتقانى ونقل الشيخ أبو جعفر الطحاوى فى مختصره والشيخ أبو الحسن الكرخى فى مختصره هذه العبارة اه (قوله عمد وشبه عمد وخطأ) وصاحب النافع قال القتل على أربعة أوجه عمد وشبه عمد وخطأ والقتل بالتسبب ولم يذكر ما أجرى مجرى الخطأ لان

حكمه حكم الخطأ فلم يفرد له نوعا فانه الاتقانى اه قلت ولعل محمدا رحمه الله انما اقتصر على الثلاثة ولم يذكر النوعين الاخيرين وهما القتل بسبب وما جرى مجرى الخطأ لأن قصده بيان أحكام القتل الذى فيه مباشرة والقتل بسبب ليس فيه مباشرة وأما ما جرى مجرى الخطأ فانه وان كان فيه مباشرة لكن لما كان حكمه حكم الخطأ لم يذكره والله الموفق (قوله كالمعتد من الحجر والخشب الخ) قال فى شرح الطحاوى فالعمد ما تعمد قتله بالحديد كالسكين والسيف أو ما كان كالحديد سواء كان له حدة يضع بضعها أو ليس له حدة ولكن رض رضا كالمهدود بنشاب الميزان وغيرها أو طعن بالرمح أو الابرة أو الاشق بعد أن يقع عليه

قيامه فتكون الجهة باقية بخلاف الايراء وقال فى الكافى ذكر شمس الائمة السرخسى رحمه الله فى المبسوط اذا تصادقا على أن لابن بنى ضمان الرهن اذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن لان الدين كان واجبا ظاهرا حين هلك الرهن ووجوب الدين ظاهرا يكفى لضمان الرهن فصير مستوفيا وأما اذا تصادقا على أن لابن دين والرهن قائم ثم هلك بهلاك أمانة لانه بتصادقهما يفتقى الدين من الاصل وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين وذكر الاسبيجابى أنهما اذا تصادقا قبل الهلاك ثم هلك الرهن اختلف مشايخنا فيه والصواب انه لا يهلك مضمونا لرجل دفع مهر غيره تعلوها فطلقت المرأة قبل الوطء رجع المتطوع بنصف ما أدى وكذا لو اشترى عبدا وتطوع رجل بأدائه ثم رد العبد بعيب رجع المتطوع بما أدى وقال زفر رحمه الله يرجع الزوج والمشترى بذلك على القابض لان المتطوع أدى عنهما فصار كأنهما باذنهما قلنا انه اذا قضى عنهما بأمرهما رجع عليهما بما أدى فلكأنه بالضمان وهنا إنما يملكانه فبقى على ملك المتطوع والله سبحانه وتعالى أعلم

كتاب الجنايات

وهى فى اللغة اسم لما يجنيه المرء من شر اكتسبه تسمية للمسبب من جنى عليه شرا وهو عام الا انه خص بما يحرم من الفعل وأصله من جنى الثمر وهو أخذه من الشجر وهى فى الشرع اسم لفعل محرم سواء كان فى مال أو نفس لكن فى عرف الفقهاء يراد بالاطلاق اسم الجناية الفعل فى النفس والاطراف ثم القتل على خمسة أوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما أجرى مجرى الخطأ والقتل بسبب والمراد به بيان قتل تتعلق به الاحكام من القصاص والدية والكفارة وحرمان الارث والاثم على ما تبين ان شاء الله تعالى هذا تقسيم الشيخ أبى بكر الرازى رحمه الله وذكر محمد رحمه الله فى الاصل أنه على ثلاثة أوجه عمد وشبه عمد وخطأ قال رحمه الله (موجب القتل عمدا وهو ما تعمد ضربه بسلاح أو بما يقرن الجراح كالمحدد من الحجر والخشب والقيطة والنار والاثم والقود علينا) أى القتل الموصوف بهذه الصفة يوجب الاثم والقصاص متعينا أما

(١٣ - زيلعى سادس) اسم الحديد سواء كان الغالب عليه الهلاك أو لم يكن لان الحديد منصوص عليه لقوله عليه الصلاة والسلام لا قود الا بالسيف وفى رواية لا قود الا بالسلاح وفى رواية لا قود الا بالحديد والمنصوص عليه لا يعتبر فيه المعنى وكذلك ما كان من جنس الحديد مثل الصفر والرصاص والفضة والذهب والنحاس والاسنك سواء خثنت بضعا أو رضا وما كان من غير جنس الحديد ان عمل عمل الحديد فهو عمد والا فلا كالذا أحرقه بالنار فهو عمد لانها تعمل عملا لانها تشق الجلد وكذلك ماله حد يعمل عمل السيف كالزجاج وليطة القصب وحجر له حد ما يبضع بضعا أو يطعن كنشيبه حديد صير فهذا يعمل عمل الحديد فهو عمد الى هنا شرح الطحاوى وقال نفر الدين قاضيخان فى فتاواه فى ظاهر الرواية فى الحديد وما يشبه الحديد كالنحاس وغيره لا يشترط الجرح لوجوب القصاص وقال فى الايضاح ذكر فى الشروط الكبير لابى جعفر الطحاوى أنه لا قصاص فى العمود من الحديد لانه لا يجرحه اه اتقانى قال شيخنا قاسم فى حاشيته على شرح المجمع فعلى ظاهر الرواية العبرة للحديد نفسه سواء جرح أو لا وعلى رواية الطحاوى العبرة للجرح نفسه حديدا كان أو غيره قال فى البنايع وهذه الرواية أصح اه وظاهر صنيع الزيلعى اختيار هذه الرواية قال الوالوالجى رجل ضرب رجلا بإبرة وما أشبهه فمات فلا قود عليه لان

مثل هذا الا بقصد القتل هذا هكذا ذكر في العيون فقتل العمد هو الموجب للقصاص لقوله عليه الصلاة والسلام العمد قود أي موجب القتل العمد القود وقتل العمد أن يتعمد ضربه بسلاح أو ما هو في معنى السلاح كالآلة التي تقطع وتجرح كالمحدد قصب وجر الحديد وكالنار وعود حديد وسنجة حديد الصحيح أن عند أبي حنيفة لا يجب القصاص فيما يجرح اه وقال الاتقاني عند قوله ومن ضرب رجلا بمثقل فقتله قال الصدر الشهيد وسنجات الميزان على اختلاف الروايتين أيضا ثم قال والاصح عند ما يجرح أي عند أبي حنيفة اه وقد نقلت عبارة الاتقاني بتمامها عند قوله في الأكثر ومن قتله (٩٨) بحر فارجع اليها ان شئت والله الموفق اه قوله على اختلاف الروايتين أيضا هو ظاهر الرواية ورواية الطحاوي اه (قوله وقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها الى آخر الآية) وقوله تعالى ولكم في القصاص حياة وشرائع من قبلنا تلزمنا على أنه شريعة لرسولنا ما لم يثبت نسخها وقال تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا والسلطان القتل بدلالة قوله تعالى فلا يسرف في القتل وانما قيدناه بالعمد وان كانت النصوص مطلقة لان القصاص عقوبة محضة فيجب أن يكون سببها أيضا جناية محضة وهو العمد وهذا لان الخطأ فيه معنى الاباحة أو لقوله عليه الصلاة والسلام العمد قود اه أي حكم العمد قود اه انقاني (فرع) ثم انما يجب القصاص في العمد اذا كان القاتل من أهل العقوبة بأن كان عاقلا بالغا محتاطا مسلما كان أو كافرا ذكرا كان أو أنثى حرا كان أو عبدا والمقتول معصوم الدم معصمة أبدية وليس بينهما شبهة ملك ولا شبهة الولادة أي لا يكون ولده وان سفل ولا أن يكون مملوكه فانه يجب على القاتل القصاص ويقتص بالسيف ولا يقتل بما قتل به لان المماثلة التكاليف في القصاص ليس بشرط عندنا وعند الشافعي يقتل بما قتل به كذا في شرح الطحاوي اه اتقاني (قوله في المتن الا ان يعفى) تفقم في باب المستأمن من كتاب السير ما يؤمن شرعا أم من قتل مسلما ولو قتله أو مر بإباحته بأمان فأسلم فان كان خطأ فدته عاقلته للامام وان كان عمدا يجب عليه القصاص أو الدية يتظر فيما الامام فأيهما رأى أصلح فعل ولا يجوز العفو مجانا اه فليراجع ذلك اه قوله أو الدية أي اذا رضوه بها القاتل اه (قوله كالمثل المنقطع) يعني اذا وجب في ذمته مثلي كعبد أو غيره ثم انقطع عن أيدي الناس فان الطالب يخير ان شاء عدل الى القيمة في الحال وان شاء صبر الى أن يجيء المثل اه من خط الشارح (قوله ومارونا) وهو قوله صلى الله عليه وسلم العمد قود اه

اشتراط العمدية فلان الجناية لا تتحقق دونها ولا بد منها ليترتب عليها العقوبة لقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان الحديث وأما اشتراط السلاح أو ما جرى مجرى السلاح فلان العمد هو القصد وهو فعل القلب لا يوقف عليه اذ هو أمر مبطن فأقيم السلاح القاتل غالبا مقامه تيسيرا كما أقيم السفر مقام المشقة والنوم مضجعة مقام الخارج من السبيلين والبلوغ مقام اعتدال العقل تيسيرا والآلة القاتلة غالبا هي المعتدة لانها هي المعدة للقتل ومالبس له حد فليس بمعتد حتى لو ضربه بحجر كبير أو خشبة كبيرة أو بضخمة حديد أو نحاس لا يجب القصاص عند أبي حنيفة رحمه الله على ما يجيء في شبه العمد وذكر القاضي ان رحمه الله أن الجرح لا يشترط في الحديد وما يشبهه الحديد كالنحاس وغيره في ظاهر الرواية وأما وجوب المأثم فلقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا الجزاؤه جهنم خالدا فيها الآية وقال صلى الله عليه وسلم سباب المؤمن فسق وقتاله كفر وقال عليه الصلاة والسلام لزوال الدنيا أهون على الله تعالى من قتل امرئ مسلم وعليه اجماع الامة وأما وجوب القصاص فلقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والمراد به القتل العمد لان الله تعالى أوجب الدية في القتل خطأ بقوله ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله وقال عليه السلام العمد قود ولان القتل قصاصا نهاية العقوبة فلا يشرع الا اذا تناهت الجناية ولا تتناهى الا بالعمد لان الخطأ فيه شبهة العمد فلا يوجب العقوبة المتناهية قال رحمه الله الا أن يعفى) أي يجب القصاص عينا الا أن يعفو الاولياء فيسقط القصاص بعفوهم فلا يجب شيء ان كان العفو بغير بدل وان كان ببدل يجب المشروط بالصلح لا بالقتل وقال الشافعي رحمه الله الواجب أحدهما لا بعينه ويتعين باختيار الولي وفي قول عنه ان الواجب هو القود عينا لكن للولي حق العدول الى المال من غير رضا القاتل لقوله صلى الله عليه وسلم من قتل له قتيل فهو بخير النظرين اما أن يقتل واما أن يودي وقال عليه الصلاة والسلام في خطبته يوم فتح مكة فمن قتل له بعد مقالتي قتيل فأهله بين خيرتين بين أن يأخذوا العقل وبين أن يقتلوا وهذا نص على التخيير ولان حق العبد شرع جبارا وفي كل واحد منهما نوع جبر فيخير في تعيين الواجب كالكفارات أو في العدول الى المال بعد الوجوب كالمثلي المنقطع فلا يحتاج فيه الى رضاه لتعينه مدفعا للهلاك وهو بامتناعه متعنت وملق نفسه في التهلكة فيجبر عليه كالمضطر اذا وجد مال الغير ومعه طعامه فانه يتعرض شرعا والآدمي قد يضن بالمال كما في الخطأ ولنا ما تلونا وما رونا والمراد به القتل العمد على ما بينا والالف واللام في قوله عليه الصلاة والسلام العمد قود للعين لعدم العهد فيقتضي أن جنس العمد موجب القود لا المال ومن جعله موجبا للمال فقد زاد عليه وهو لا يجوز والى هذا المعنى أشار ابن عباس رضي الله عنهما بقوله العمد قود اما مال فيه ولان المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة بينه وبين الآدمي صورة ومعنى اذ الآدمي خلق مكرما بالتعمل

التكليف ويشتغل بالطاعة وليكون خليفة الله تعالى في الارض والمال خلق لاقامة مصالحه ومبتذلا له في حوائجه فلا يصلح جارا ولا قائما مقامه والقصاص يصلح للتماثل صورة لانه قتل بقتل وكذا معنى لان المقصود بالقتل الانتقام والشافي فيه كالاول ولهذا سمي قصاصا وبه يحصل منفعة الاحياء لكونه زاجرا لا بأخذ المال فتعين موجبه المال ولهذا يضاف ماوجب من المال في قتل العمد الى الصلح ألا ترى الى قوله صلى الله عليه وسلم لا تقتل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولو كان القتل عمدا موجبا للمال لما أضيف الى الصلح ولا يعارض بقوله لا تقتل العاقلة عمدا لان المراد به ما لا يمكن القصاص فيه من الجراحات فيما دون النفس وفي الصلح ما يمكن في النفس وغيره وبه يستقيم والمراد عمار وي والله أعلم ثبوت الخيار للولي عند اعطاء القاتل الدية وتخييره لا بناء في رضا الآخر في غير الواجب وهذا كما يقال للذائن خذ بدينك ان شئت دراهم وان شئت دنانير وان شئت عروضا ومعلوم أنه لا يأخذ غير حقه الا برضا المدين وهذا واقع في الكلام ألا ترى الى قوله عليه الصلاة والسلام لا تأخذ الا سلمك أو رأس مالك أي لا تأخذ الا سلمك عند امضي في العقد ولا تأخذ الا رأس مالك عند انفساخ نقيره ومعلوم أنه لا يأخذ رأس ماله الا برضا الآخر لان الفسخ لا يتم الا بانفاقهما فاذا كان المراد ما حددت ذلك أو احتمله لا تبقى حجته والذي يدل على ذلك ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال كان القصاص في بني اسرائيل ولم تكن الدية فقال عز وجل هذه الآية كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد الى قوله فمن عفي له من أخيه شيء والعفو في أن يقتل الدية في العمد ذلك تخفيف من ربكم مما كان كتب على من كان قبلكم فأخبر أن بني اسرائيل لم تكن فيهم دية أي كان ذلك حراما عليهم أخذه عوضا عن الدم أو يتركوه حتى يسفكوا الدماء فخفف الله تعالى عن هذه الامة ونسخ ذلك بقوله تعالى فمن عفي له من أخيه شيء الآية ونبه النبي صلى الله عليه وسلم على هذه الجملة بل بينها بقوله من قتل له قتيل فهو بالخيار بين أن يقتص أو يعفو أو يأخذ الدية الى آخر ما تقدم لهذه الامة وحمل لهم أخذها اذا أعطوها وعن أنس بن مالك أن عمته الربيع لطمت جارية فكسرت ثنيتها فقال عليه الصلاة والسلام حين اختصموا اليه كتاب الله القصاص ولم يضر ولو كان المال واجبا بالخيار اذ من وجب له أحد الشيئين على الخيار لا يصح له بأحدهما معينا وانما يحكم له بان يختار أيهما شاء والذي يحققه أن الولي لو عفا عن القصاص قبل اختياره القصاص صح عفوه ولو لم يكن هو الواجب بالقتل لما صح عفوه قبل تعينه باختياره اذا لعفو عن الشيء قبل وجوبه باطل فاذا كان القصاص هو الواجب الاصلي لا ينفرد الولي بالعدول عنه الى المال بدلا عنه لانه معاوضة ولا يجبر أحد على المعاوضة كما في سائر الحقوق ولهذا لو ترك الولي القصاص بمال آخر غير الدية كالدنانير أو نحوها من الاعيان لا يجبر القاتل على الدفع وان كان فيه احياء نفسه ولا نسلم أن المضطر الذي ذكره يجبر على الشراء بحيث يدخل في ملكه من غير رضاه وانما نقول بأنه اذا ترك الشراء مع القدرة عليه ومات وكذا نقول هنا أيضا بأنه اذا لم يتخلص نفسه مع القدرة عليه وقوله والا دى قد يضمن بالمال كما في الخطا قلنا وجوب الضمان في الخطا ضرورة صون الدم عن الاهدار لا باعتبار أنه مثل له وهذا لانه لما تعذر العفو به وهو القصاص لتعذر

(قوله فى المتن وشبهه) قال الكرخى فى مختصره قال محمد فى كتاب الاصل شبه العمد ما تعمد ضربه فى العصا أو السوط أو الحجر أو اليد وروى الحسن عن أبى حنيفة فى رجل ضرب رجلا بعصا فقتله ان ذلك شبه العمد وكذا لو رماه بحجر ثقيل بصخرة أو عمود وكذا لو وكزه أو وجأه فمات من وجأته أى عضه فمات من عضته فذلك كله شبه العمد قال أبو الحسن وتفاوت الدية فى شبه العمد فى الابل اذا فرضت الدية فيها فأما غير الابل فلا يغلظ فيها الى هنا لفظ الكرخى وقال القدورى فى شرحه وأما شبه العمد عند أبى حنيفة أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا يجرى مجرى السلاح فى تفريق الاجزاء وقال أبو يوسف ومحمد أن يتعمد الضرب بآلة لا يقتل مثلها فى الغالب وهو قول الشافعى وقال فى شرح الطحاوى وأما شبه العمد فهو أن يضرب بشئ الغالب فيه الهلاك كدقة القصارين والحجر الكبير والعصا الكبيرة ونحوه فاذا قتله به فهو شبه العمد عند أبى حنيفة وعندهما هو عمد فأما اذا تعمد قتله بعصا صغيرة أو بحجر صغير أو بليطة وكل ما لا يكون الغالب فيه الهلاك كالسوط ونحوه فهذا شبه العمد بالاجماع واذا تابع الضرب حتى مات فهو شبه العمد عند أبى حنيفة وعندهما هو عمد الى هنا لفظ شرح الطحاوى اه اتفانى (قوله لكونه ساعيا فى الارض بالفساد) سيجىء عند قوله وانما يقتص بالسيف فى الباب الذى يلى هذا أن قاطع الطريق يقتل بأى شئ آه الامام اه (قوله فضيلة) هكذا هو فى جميع النسخ بالفاء والذى بخط الشارح نضيلة بخلير ر اه (قوله كسمع الاعراب) كذا بخط الشارح وفى بعض النسخ الاعراب فليحرر اه

بين العبادة والعقوبة فلا بد من أن يكون سببها أيضا أمرا بين الحظر والاباحة لتعلق العبادة بالمباح والعقوبة بالمحظور وقتل العمد كبيرة بمحض فلا تناط به كسائر الكبائر مثل الزنا والسرقة والربا ولا يمكن قياسه على الخطأ لانه دونه فى الاثم فشرع عند دفع الادنى لا يدل على دفع الاعلى ولان فى قتل العمد وعيدا محكما ولا يمكن أن يقال يرتفع الاثم فيه بالكفارة مع وجود التشديد فى الوعيد بنص قاطع لاشبهة فيه ومن ادعى غير ذلك كان متحكما منه بلا دليل ولان الكفارة من المقدرات فلا يجوز اثباتها بالقياس على ما عرف فى موضعه ولان قوله تعالى فجزاؤه جهنم الآية كل موجبه هو مذكور فى سياق الجزاء المشروط فتكون الزيادة ليسه نسخا ولا يجوز بالرأى قال رحمه الله (وشبهه وهو أن يتعمد ضربه بغير ما ذكر الاثم والكفارة ودية مغلظة على العاقلة لا القود) أى موجب القتل شبه العمد الاثم والكفارة على القاتل والدية المغلظة على العاقلة لا وجوب القصاص وقوله وهو أن يتعمد ضربه بغير ما ذكر أى بغير ما ذكر فى العمد والذى ذكر فى العمد هو المعتمد وغيره هو الذى لا حمله من الآلة كالحجر والعصا وكل شئ ليس له حد يفرق الاجزاء وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا اذا ضربه بحجر عظيم أو بخشبة عظيمة فهو عمد وشبهه العمد أن يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا وبه قال الشافعى رحمه الله وانما سمى هذا النوع بشبه العمد لان فيه قصد الفعل لا القتل فكان عمدا باعتبار نفس الفعل وخطأ باعتبار القتل لهم ان معنى العمدية يتقاصر باستعمال آلة لا تقتل غالبا لانه يقصد به التأديب أو اتلاف العضو لا القتل فكان شبه عمد ولا يتقاصر باستعمال آلة تقتل غالبا لانه يقصد به القتل كالسيف فكان عمدا فيجب القود لأنه روى أنه عليه الصلاة والسلام رضخ بين حجرين رأس يهودى رضخ رأس صبى بين حجرين وكذا قتل المرأة التى قتلت امرأة بمطرح وهو عود القصاط ولابى حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام ألا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا والحجر وفيه مغلظة مائة من الابل منها أربعون مخلفة فى بطونها أولادها وبما لا قائل به يتناول العصا الكبيرة والكلام فى مثلها ولان قصد القتل أمر مبطن لا يعرف الا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة الموضوعة له على ما بينا وهذه الآلة لا تصلح دليلا على قصد القتل لانها غير موضوعة له ولا مستعملة فيه اذ لا يمكن القتل بها على غفلة منه ولا يقع القتل بها غالبا فقصرت العمدية لذلك فصار كالعصا الصغيرة وهذا لان ما يوجب القصاص وهو الآلة المحددة لا يختلف بين الصغير منها والكبير لان الكل صالح للقتل بضرب لا نبية ظاهرا ولا باطنا فكذا ما لا يوجب القصاص وجب أن يستوى بين الصغير منه والكبير حتى لا يوجب الكل القصاص لانه غير معتد للقتل ولا صالح له لعدم نقص النية ظاهرا فكان فى قصد القتل شك لما فيه من قصور والقصاص نهاية فى العقوبة فلا يجب الشك ومارووه من رضخ اليهودى يحتمل أنه علمه الصلاة والسلام علم أن اليهودى كان قاطع الطريق أو اقتل بعصا أو سوط أو غيره بأى شئ كان يقتل به هذا أو يحتمل أنه جعله كقاطع الطريق لكونه ساعيا فى الارض بالفساد فتقتله حدا كما يقتل قاطع الطريق فان ذلك جائز ان يلتحق به على ما بينا فى قطاع الطريق وأما حديث المرأة فقال عبيد بن فضيلة عن المغيرة بن شعبة أن امرأتين ضربت احداهما الاخرى بعمود الفسطاط فقتلتها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية على عصبة القاتلة وقضى فيما فى بطنها غرة فقال الاعراب أغرم من لا طعم ولا شرب ولا صاح ولا استهل ومثل ذلك يطل فقال أسجع كسجع الاعراب وفى رواية قال هذا من اخوان الكهان من أجل سجعه فعلم بذلك أن ما رووه غير صحيح والذى يدلك على ذلك أن الراوى لذلك جعل بن مالك على زعمهم قاتلها قالوا قال جعل بن مالك كنت بين بيتى امرأتين فضربت احداهما الاخرى بمسطح فقتلتها وجنينها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى

الولوالجي رحمه الله ولو طرحه في بئر أومن طهليل أوسطح أو بمتضى منه عند أبي حنيفة وعندهما الجواب على التفصيل ان كان ذلك بحيث يقتل غالبا يجب القصاص وتكون عمدا وان كان لا يقتل غالبا لا يجب القصاص ويكون خطأ العمد اه ﴿فرع﴾ في مسئلة السم ولو سقاه سما حتى مات فهذا على وجهين ان دفع اليه السم حتى أكل وليس له ولم يقل له يجب القصاص ولا الدية ولو حبسه ويعسره ولو أمره بالحمار يجب الدية على عاقلته وان دفع اليه في شربه فشرب ومات لا يجب الدية لانه شرب باختياره الا أن الدفع خدعة فلا يجب الا التعزير والاستغفار اه ناضيخان وفي البحر لو قط رجلا أو ألقاه في البحر فرسب وغرق كما ألقاه تجب الدية في قول أبي حنيفة ولو سبح ساعة ثم غرق فلا شئ عليه لانه غرق بعجزه وفي الاول بطرحه في الماء اه ناضيخان قوله لا يجب القصاص ولا الدية أي ويرثه اه ظهيرية (قوله في المتن والخطأ) قال في شرح الحاوي وما قتل الخطأ فهو أن يقصد مباحا فيصيب محظورا اه اتقاني (قوله بخلاف ما لو تعمد بالضرب موضعا من جسده الخ) في الذخيرة قصد أن يضرب برجل فأصاب عنقه فهو عمد وفيه القود ولو أصاب عنق غيره فهو خطأ قال صاحب المجتبى وبهذا تبين أن قصد القتل لم يشرط لكونه عمدا اه كاكي

جنينها بغرته وأن تقتل بها هكذا رووه وقال ابن المسيب أو نسمة عن أبي هريرة اقتتلت امرأتان من هذيل فضربت احداهما الاخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ففضى أن دية جنينها عبد أو وليدة وقضى بدية المرأة على عاقلتها وورثها ولدها فقال حمل بن مالك بن النابغة الهذلي يا رسول الله كيف أغرم من لا شرب ولا أكل ولا نطق ولا استهل ومثل ذلك يطل فقال عليه الصلاة والسلام هذا من اخوان الكهان وهذا هو المشهور عن حمل بن مالك فكيف يتصور أن يصير عنه خلاف ذلك ثم لا فرق عند أبي حنيفة رحمه الله بين أن يموت بضربة واحدة وبين أن والى عليه ضربات حتى مات كل ذلك شبه عمد لأن وجب القصاص واختلفوا على قوله ما في الموالاة وقال الشافعي رحمه الله يصير عمدا بها فيوجب القصاص وأو لقامه من جبل أوسطح أو غرقه في الماء أوخنقه حتى مات كل ذلك شبه عمد عنده وعندهما عمد وانما كان اثباته شبه العمد لانه اتى بآلة هي آلة العمد الهوا وانما وجبت الكفارة به لانه خطأ من وجه فيجب أن يجب فيه شئ من الخطأ وذكر صاحب النهاية أن صاحب الايضاح خالف الايضاح وجدت في كتب بعض أصحابنا أن لا كفارة في شبه العمد على قول أبي حنيفة رحمه الله فان الامر كامل منه وتمامه يمنع شرعية الكفارة لان ذلك من باب التغليظ ووجوبه على الظاهر أن نقول انه آثم اثم الضرب لانه قصد ولا اثم القتل لانه لم يقصده وهذه الكفارة تجب بالقتل وهو فيه مخطئ ولا تجب بالضرب ألا ترى أنها لا تجب بالضرب بدون القتل وبعكسه تجب فكذا عند اجتماعهما يضاف الوجوب الى القتل دون الضرب وأما وجوب الدية به فلما روينا وانما وجبت على العاقلة لانه خطأ من وجه على ما بيناه فيكون معذورا فيستحق التضعيف لذلك ولانها تجب بنفس القتل فتجب على العاقلة كما في الخطأ ولهذا أوجبها اه رضي الله عنه في ثلاث سنين ويتعلق بهذا القتل حرمان الميراث كالخطإ بل أولى لانه جزاء الفعل وهو أولى بالجزاء لوجود القصد منه الى الفعل فحاصله أنه كالخطإ الا في حق الاثم وصفة التغليظ في الدية على ما تبين من بعد ان شاء الله تعالى فافهم (قوله والخطأ وهو أن يرى شخصا ظنه صيدا أو حربيا فاذا هو مسلم أو غرضا فأصاب آدميا أو ماجرى مجراه كأن انقلب على رجل فقتله الكفارة والدية على العاقلة) قوله وهو أن يرى شخصا الخ تفسير لنفس الخطإ فانه على نوعين خطأ في القصد وخطأ في الفعل وقد بين النوعين بقوله وهو أن يرى شخصا ظنه صيدا أو حربيا فاذا هو مسلم تفسير للخطإ في القصد لانه لم يخطئ في الفعل حيث أصاب ما قصد رميه وانما أخطأ في القصد أي في الظن حيث ظن الحربي مسلما والآدمي صيدا وقوله أوغرضا فأصاب آدميا أي أو رمى غرضا فأصاب آدميا وهذا بيان للخطإ في الفعل دون القصد فيكون معذورا اذا اختلف الحل بخلاف ما لو تعمد بالضرب موضعا من جسده فأصاب موضعا آخر منه حيث يجب القصاص لان الحل لم يختلف لوجود قصد الفعل منه والقتل أي جميع البدن منه كمل واحد فيما يرجع الى مقصوده فلا يعذر وانما صار الخطأ أوفر من لان الانسان يتصرف بفعل القلب والجوارح فيحتمل في كل واحد منهما الخطأ على الانفراد كما ذكرا وعلى الاجتماع بان رمى آدميا ظنه صيدا أو أصاب غيره من الناس وقوله كأن انقلب على رجل بيان للجاري مجرى الخطإ لان هذا ليس بخطإ حقيقة لعدم قصد الرامي الى شئ يصير مخطئا للمقصود ولا وجد فعله حقيقة وجب عليه ما أتلفه كفعل الطفل فعل كالخطإ لا معذور كالمخطئ وانما كان حكم المخطئ ما ذكره لقوله تعالى فيه فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله وقد قضى بها عمر رضي الله عنه في ثلاث سنين بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فصار اجماعا وقدر الدية ومغلظها وما يجب على الكفارة وما لا يجب وتقدم كل ذلك في الدماء ان شاء الله تعالى وبهذا النوع من القتل لا يأثم اثم القتل وانما يأثم اثم ترك التحرز والمبالغة في التثبت لان الافعال الباحة لا تجوز بما شرتها الا بشرط أن لا يؤذي أحدا فاذا آذى أحدا فقد تحقق ترك التحرز فيأثم ولفظة الكفارة تنبئ عن ذلك لانها ستار وتولستر يدون الاثم قال رحمه الله (والقتل بسبب كحافر

(قوله لطمت جاريه) أي من الانصار اه غاية (قوله فقتل أنس بن النضر) أي عم أنس بن مالك اه قاله الاتقاني في أول باب القصاص فيما دون النفس اه

﴿ باب ما يوجب القود وما لا يوجبه ﴾

لما ذكر أنواع القتل وهي خمسة ومن جملتها العمد وقد يوجب العمد القصاص وقد لا يوجبه شرع في بيان ذلك اه اتقاني (قوله في المتن يجب القصاص بقتل كل محقون الدم الخ) قال الاتقاني والاصل في ثبوت القصاص الكتاب والسنة قال الله عز وجل ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا السلطان القتل (١٠٢) بدليل قوله فلا يسرف في القتل وقال تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس وقال عز وجل يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى وقال تعالى ولكم في القصاص حياة وقال صلى الله عليه وسلم العمد قود ولا يقال يرد قتل الاب ابنه عمدا شكلا على الكلي الذي ذكرناه لانا لا نوجب القصاص لانا نقول مسوجب ذلك القصاص أيضا ولكن سقط لحرمة الابوة وذلك لا يعارض والكلام في الاصول لا في العوارض ولهذا كان الابن شهيدا وان كان نصب الدية لانه انقلب مالا للشبهة وبه صرح في شرح الطحاوي في كتاب الصلاة اه اتقاني كتب على قوله محقون الدم حقن الدم منعه من أن يسفك اه (قوله في المتن ويقتل الحر بالحر وبالعبد) قال قاضيخان عبد قتل عمدا يجب القصاص ويكون الاستيفاء الى المولى ولو كان العبد بين رجلين أو ثلاثة فولاية الاستيفاء لهم جميعا لا ينفرد أحدهم به فان عفا أحدهم ينقلب حق الباقين مالا الى القيمة كما ينقلب الحر الى الدية اه وكتب ما نصه قال أمارة أبو الحسن الكرخي في مختصره وأجمع المسلمون على قتل الذكر بالانثى والانثى بالذكر وعلى قتل العبد بالحر وذلك عندنا بقوله النفس بالنفس واختلفوا في قتل الحر بالعبد وأجمع أصحابنا على قتل الحر بالعبد لعموم قوله النفس بالنفس ولقوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا والسلطان القود الى هنا لفظ الكرخي اه اتقاني (قوله وقال الشافعي) أي ومالك وأحمد بن حنبل اه اتقاني (قوله فرع قال في المنار والقصاص لا يضمن بقتل القاتل قال ابن فرشتا يعني من قتل من عليه القصاص لا يضمن لمن له القصاص عندنا ويضمن عند الشافعي اه قال في شرح المغني للسراج وانما قيدنا بقاتل القاتل لانه يضمن لولي القتيل لانه يضمن لولي القاتل الدية ان خطأ ويقتص منه ان كان عمدا كما في الكافي للحاكم الشهيد اه (قوله ولانهما مستويان في العصمة) لان للعبد نفسا معصومة على سبيل الكمال اه

البئر وواضع الحجر في غير ملكه الدية على العاقلة لا الكفارة) أي موجب القتل بسبب الدية على العاقلة لا الكفارة أما وجوب الدية به فلانه سبب التلف وهو متعد فيه بالحفر فصل كالدافع للحي فيه فتجب فيه الدية صيانة للنفس فتكون على العاقلة لان القتل بهذا الطريق دون القتل بالخطأ فيكون معذورا فتجب على العاقلة تخفيفا عنه كما في الخطأ بل أولى لعدم القتل منه مباشرة ولهذا لا تجب الكفارة فيه قال رحمه الله (والكل يوجب حرمان الارث الا هذا) أي كل نوع من أنواع القتل الذي تقدم ذكره من عمد وشبه عمد وخطأ يوجب حرمان الارث الا القتل بسبب فانه لا يوجب ذلك كالا يوجب الكفارة وقال الشافعي رحمه الله هو ملحق بالخطأ في أحكامه قال رحمه الله (وشبه العمد في النفس عمد فيما سواها) لان اتلاف ما دون النفس لا يختص بآلة دون آلة فلا يتصور فيه شبه العمد بخلاف النفس على ما بينا والذي يدلك على هذا ما روي عن أنس بن مالك رضي الله عنه أن عمته الربيع لطمت جارية فكسرت ثنيتها فطلبوا اليهم العفو فأبوا والارش فأبوا الا القصاص فأتته هم وأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقصاص فقال أنس بن النضر أتكسر ثنية الربيع قال والذي بعثك بالحق نبيا لا تكسر ثنيتها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا أنس كتاب الله القصاص فرضي القوم فعفوا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان من عباد الله من لو أقسم على الله لابره ووجه دلالته على ما نحن فيه أما على أن القطعة لو أتت على النفس لا توجب القصاص ورأيا ها فيما دون النفس قد أوجبته بحكمه عليه الصلاة والسلام ثبت بذلك أن ما كان في النفس شبه عمد هو عمد فيما دونها ولا يتصور أن يكون فيه شبه عمد والله أعلم

﴿ باب ما يوجب القود وما لا يوجبه ﴾

قال رحمه الله (يجب القصاص بقتل كل محقون الدم على التأبيد عمدا) لما بينا وشرط أن يكون المقتول محقون الدم على التأبيد لتتحقق شبهة الاباحة عنه لان القصاص نهاية في العقوبة فيستدعي الكمال في الجناية فلا يجب مع الشبهة واحترز بذلك عن المستأمن لان دمه غير محقون على التأبيد قال رحمه الله (ويقتل الحر بالحر وبالعبد) وقال الشافعي رحمه الله لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد فهذا يقتضي مقابلة الجنس بالجنس ومن ضرورة المقابلة أن لا يقتل الحر بالعبد ولان القصاص يعتمد المساواة ولا مساواة بينهما اذ الحر مالك والعبد مملوك والمالكية أمارة القدرة والمملوكية

أمارة الجبر قال الله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شئ فلا مساواة بينهما ولان الحرية حياة والرق موت حكما ألا ترى انه ينسب الى معتقه بالولاء لانه احياه بماله ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرف العبد بالاتفاق مع أن الطرف أهون وأقل حرمة لكونه تبعا للنفس فلان لا يجب في النفس وهي أعظم حرمة أولى بخلاف العكس لانه تفاوت الى نقصان فلا يمتنع كما في المسلم والمستأمن ولان الرق أثر الكفر فيوجب شبهة الاباحة لحقيقة الكفر فصار كالمستأمن ولانا نحن الموءمات نحو قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس وقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وقوله عليه الصلاة والسلام العمد قود ولا يعارض بما قلنا لان فيه مقابلة مقيدة وفيما قلنا وان مقابلة مطلقة فلا يحمل على المقيد على أن مقابلة الحر بالحر لا تنافي مقابلة الحر بالعبد لانه ليس فيه الا ذكر بعض ما شملهم العموم على موافقة حكمه وذلك لا يوجب تخصيص ما بقي ألا ترى أنه قابل الانثى بالانثى والذكر بالذكر ثم لا يمنع من ذلك مقابلة الذكر بالانثى وكذا لا يمنع مقابلة العبد بالحر حتى يقتل به العبد بالاجماع فكذا بالعكس اذ لو منع ذلك لمنع العكس أيضا وفي مقابلة الانثى بالانثى دليل على جريان القصاص بين الحرة والامة وفائدة هذه المقابلة في الاية على ما قال ابن عباس رضي الله عنهما كانت بنو النضير بين بني قريظة مقاتلة فكانت بنو قريظة أقل منهم عددا وكانت بنو النضير أشرف عندهم فتراضوا على أن العبد من بني النضير بمقابلة الحر من بني قريظة والانثى منهم بمقابلة الذكر من بني قريظة فأنزل الله تعالى الاية وقال عليه السلام انا ان الجنس يقتل بجنسه على خلاف مواضعهم من القبيلتين جعما فكانت اللام لتعريف العهد لا لتعريف الجنس ولانهما مستويان في العصمة اذهي بالدين عندنا وبالدار عند أبي حنيفة فيجري القصاص بينهما حسما لمادة الفساد وتحقيقا لمعنى الزجر ولو اعتبرت المساواة في غير العصمة لم يجر القصاص بين الذكر والانثى والقصاص يجب باعتبار أنه آدمي ولم يدخل في المثلثين هذا الوجه بل هو مبني على أصل الحرية من هذا الوجه ولهذا يقتل العبد بالعبد وكذا يقتل العبد بالحر ولو كان مالا لما قتل وكذا الحر بمومنه وبقاء أثر كفره حكمي فلا يؤثر ذلك في سقوط العصمة ولا يورث شبهة ولو أورث شبهة لما جرى القصاص بين العبد بعضهم ببعض ووجوب القصاص في الاطراف يعتمد المساواة في الحرمان بعد المساواة في العصمة ولهذا لا تقطع العصمة بالشلل وفي النفس لا يشترط ذلك حتى يقتل الصحيح بالزمن وبالمفلوج ولا مساواة بين أطراف الحر والعبد لافي العصمة فأظهرنا أثر الرق فيها دون النفس لما أن العبد من حيث النفس آدمي مكلف خلق معصوما قال رحمه الله (والمسلم بالذمي) وقال الشافعي رحمه الله لا يقتل بما روى الشعبي عن بجيفة قال سألت عليا رضي الله تعالى عنه هل عندكم من رسول الله صلى الله عليه وسلم علم غير القرآن قال والذي فلق الحبة وبرأ النسمة ما عندنا من رسول الله صلى الله عليه وسلم سوى القرآن وما في هذه الصحيفة قلت وما في الصحيفة قال العقل وفكاك الاسير وأن لا يقتل مسلم بكافر وعن قيس بن عباد قال انطلقت أنا والاشتر الى علي فقلنا هل عهد اليك رسول الله صلى الله عليه وسلم عهدا لم يعهده الى الناس عامة قال لا الا ما كان في كتابي هذا فاخرج كتابا من قراب سيفه فاذا فيه المؤمنون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهده الحديث ولانه لا مساواة بينهما لقوله تعالى لا يستوي أصحاب النار وأصحاب الجنة ولان الكفر يوجب النقصان والكافر كلمت قال الله تعالى أومن كان ميتا فأحييناه ولا مساواة بين الميت من وجه وبين الحي من كل وجه بخلاف ما اذا قتل ذمي نياحم أصلي القاتل حيث يقتل به لوجود المساواة وقت القتل وهو المعتبر ولان الكفر مبيح للقتل في الجملة فأورث شبهة كالمبيح للوطء في الجملة ثم هو يورث شبهة في الاخت من الرضاع حتى لا يحد اذا وطئها بملك اليمين ولما ثبت هذا من الكتاب ومار وينا من السنة فانه باطلاقه يتناوله وقد سمع عن عبد الرحمن بن البيلماني ومحمد بن المنكدر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقاد برجل من

المسلمين قد قتل معاهدا من أهل الذمة فأمر به فضرب عنقه وقال أنا أولى من وفى بذمته ولان القصاص يعتمد المساواة في العصمة على ما بينا في العبد وقد وجدت نظرا الى الدار والى التكليف لان شرط التكليف القدرة على ما كلف به ولا يتمكن من اقامة ما كلف به الا بدفع أسباب الهلاك عنه وذلك بان يكون محترم التعرض ولا نسلم أن الكفر مبيح بنفسه بل بواسطة الحراب ألا ترى أنه من لا يقاتل منهم لا يحل قتله كالشيخ الفاني والذراري وقد اندفع القتل عنهم بعقد الذمة فكان معصوما بلا شبهة ولهذا يقتل الذمي بالذمي ولو كان في عصمته خلل لما قتل الذمي بالذمي كما لا يقتل المستأمن بالمستأمن وقد قال علي رضي الله عنه انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كاموالنا وذلك بأن تكون معصومة بلا شبهة كالمسلم ولهذا يقطع المسلم بسرقة مال الذمي ولو كان في عصمته شبهة لما قطع كما لا يقطع في سرقة مال المستأمن لان المال تبع للنفس وأحرم المال أهون من النفس فلما قطع بسرقته كان أولى أن يقتل بقتله لان أحرم النفوس أعظم من المال ألا ترى أن العبد لا يقطع بسرقة مال مولاه ويقتل بقتل مولاه لما ذكرنا والذي يدلك على ما قلنا أن الذمي لو قتل ذميا ثم أسلم القاتل قبل أن يقتل قتل به بالاجماع وهذا قتل مسلم كافر فلولا أن المسلم يجب عليه القتل بقتل الذمي ابتداء لما دام الوجوب لان حالة البقاء في مثل هذا معتبرة بالابتداء وتعظيم الامر الدم ألا ترى أن مسلما لو جرح مسلما فارتد المجروح والعياذ بالله ثم مات من الجرح سقط القصاص ولو عكسه لو جرح مرتد مرتدا ثم أسلم المجروح لا يجب القصاص لما ذكرنا ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام لا يقتل مسلم بكافر ولا ذو عهد في عهده أي بكافر حربي ولهذا عطف ذو العهد وهو الذمي على المسلم تقديره لا يقتل مسلم ولا ذو عهد بكافر حربي لان الذمي اذا قتل ذميا قتل به فعلم أن المراد الحربي اذ هو لا يقتل بمسلم ولا ذمي ولا يقال معناه لا يقتل ذو عهد مطلقا أي لا يحل قتله فيكون ابتداء كلام لانا نقول هذا لا يستقيم لوجهين أحدهما أن ذو عهد مفرد وقد عطف على الجملة فيأخذ الحكم منها لان المعطوف الناقص يأخذ الحكم من المعطوف عليه التام كما يقال قام زيد وعمرو ويقال قتل زيد بعمرو وخالد أي كلاهما قاما وقتل ولا يجوز أن يقدر بفعل آخر والثاني أن المعنى يأبى ذلك لان المراد سوق الكلام الاول نفي القتل قصاصا لانفي مطلق القتل فكذا الثاني لتحقيق العطف اذ لا يجوز ذلك البتة في المفرد ولا يقال معناه لا يقتل مسلم بكافر ولا ذي عهد أي لا يقتل بكافر حربي ولا ذمي لانا نقول لو أريد ذلك المعنى لكان لحنا اذ لا يجوز عطف المرفوع على المجرور فلا يجوز نسبته الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لانه أفصح العرب ولا يقال روى ذي عهد بالجر في بعض طرقه فيكون معطوفا على الكافر فلا يدل على ما قلتم لانا نقول ان صح ذلك هو جر الجوار ولا للعطف عليه حتى يشاركه في الحكم ومثله جائز قال الله سبحانه وتعالى وامسحوا برؤسكم وأرجلكم الى الكعبين بالجر للجوار وان لم يشاركه في الحكم فعلماء عليه توفيقا بين الروايتين على الوجه الجائز وكذا الحديث الاول المراد به الكافر الحربي والدليل عليه أن عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق رضي الله عنه قال حين قتل عمر مر رت على أبي لؤلؤة ومعه الهرمزان فلما رأيتهم ثاروا فسقط من بينهم خنجر له رأسان مقبضه في وسطه فانطلق عبيد الله ابن عمر حين سمع ذلك من عبد الرحمن ومعه السيف حتى دنا الهرمزان فلما خرج اليه قال انطلق حتى ننظر الى فرس لي ثم تأخر عنه حتى اذا مضى بين يديه علاه بالسيف فلما وجد حد السيف قال لا اله الا الله قال عبيد الله ثم دعوت جفينة وكان نصرانيا فلما خرج الي علوته بالسيف فصلب بين عينيه ثم انطلق عبيد الله فقتل ابنة أبي لؤلؤة وهي صغيرة فلما استخلف عثمان رضي الله عنه دعا المهاجرين والانصار فقال أشيروا الي في قتل هذا الرجل فتق في الدين ما فتق فاجتمع المهاجرون والانصار فيه على كلمة واحدة يأمرونه بالشدة عليه ويحثونه على قتله وقال عمرو بن العاص رضي الله عنه لعثمان لقد عفاك الله من أن يكون بعهدك ما وجد سبيلا وانما كان ذلك قبل أن يكون لك على الناس سلطان فأعرض عنه وتفرق الناس على خطبة عمرو بن العاص والهرمزان وجفينة كانا كافرين وأشار المهاجرون على قتل عبيد الله

(قوله فقال انا أولى من وفى بذمته) قال في الفائق الكافرا التساوى أي تساوى في القصاص والديات لافضل فيها الشريف على وضيع والذمة الامان ومنها سمي المعاهد ذميا لانه آمن على ماله ودمه وللجزية أي اذا أعطى أدنى رجل منهم أما تا فليس للباقين اخفاره اه اتقاني (قوله أشيروا الى في قتل هذا الرجل) يعني عبيد الله بن عمر اه (قوله فتق في الدين) لفظة في ليست في خط الشارح فليراجع الحديث اه (قوله ما فتق) من الشارح (قوله وانما كان ذلك) أي قتل الهرمزان وجفينة وابنة أبي لؤلؤة اه

(قوله لان دمه غير محقون على التأبيد) قال الاتقاني ألا ترى أن المدة اذا مضت أخرجناه ولا يمكنه من المقام بعد ذلك واذا وصل الى أهله صار مباح الدم والمسلم محقون الدم على التأبيد والمعتبر في القصاص

بهما فحال أن يريد النبي صلى الله عليه وسلم بالكافر الذي نهى بشير المهاجرين على قتل عبد الله بالذمي وعلى فيهم وهو الراوي لهذا الحديث فثبت بذلك أن المراد به الحربي ولا يقال لعل عثمان أراد قتله بنت أبي لؤلؤة لانا نقول لو أراد ذلك لبينه أنه يقتله بها لانهما كان الناس كانوا يقولون بين يديه بعدهما الله فحال أن لا يبين ذلك مع هذا القول من الناس بين يديه ثبت بهذا أن المساواة من كل وجه لا تعتبر في وجوب القصاص بل تعتبر المساواة في العصمة وقوله تعالى لا يستوي أصحاب النار وأصحاب الجنة أي في الفوز بدل عليه قوله تعالى أصحاب الجنة هم الفائزون ولا يلزم منه عدم الاستواء في العصمة لان مثل هذا الكلام لا عموم له ألا ترى الى قوله تعالى لا يستوي الاعمى والبصير أن المثبي الاستواء في العمى والبصر لا في كل وصف ولهذا يجري القصاص بينهما لاستوائهما في العصمة وكذا نقصان حال الكافر بكفره لا يزيل عصمته فلا عبرة به كسائر الاوصاف الناقصة كالجهل والفسق والانوثة ولنا أن كفره مبيح للقتل بل هو اهو المبيح وقد ذكرناه غير مرة بخلاف ما ذكر من المثل لان الرضاع فانه مبيح للوطء وانما امتنع في الاخت المذكورة بعارض فاوورثت شبهة قال رحمه الله (ولا يقتلان بمسلم) أي لا يقتل المسلم ولا الذمي بحربي دخل دارنا بامان لان دمه غير محقون على التأبيد فانه دمت المساواة وقد ذكرنا كفره باعث على الحراب لقصد الرجوع الى دار الحرب ويقتل المستأمن بالمستأمن قياسا لوجود المساواة بينهما ولا يقتل استحسانا لوجود المبيح قال رحمه الله (والرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالاعمى والزمن وناقص الاطراف وبالجنون) يعني يقتل الرجل الصحيح بهؤلاء وهو معطوف على ما تقدم من قوله ولا يقتل الحر المخارج لاعلى ما يليه من قوله ولا يقتلان بمستأمن وانما لم يجر القصاص بينهم لوجود المساواة بينهم في العصمة والمساواة فيها هي المعتبرة في هذا الباب ولو اعتبرت المساواة فيما وراءها لانسد باب القصاص ولتطهر الفتن والتفاني قال رحمه الله (والوالد بالولد) لما تلونا ورويناه من العمومات ولما ذكرنا من المعاني قال رحمه الله (ولا يقتل الرجل بالولد) لقوله عليه الصلاة والسلام لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده ولان الوالد لا يقتل ولده غالبا فلو فوت شفقته فيكون ذلك شبهة في سقوط القصاص ولان الاب لا يستحق العقوبة بسبب ابنه لانه تأديب لاحياته فمن المحال أن يكون الولد سببا لاتلافه ولهذا لا يقتل اذا وجد في صف المشركين مقاتلا أو زانيا وهو محصن وهذا لان القصاص يستحقه الوارث بسبب المقتول فلا يجب خلافه ولو قتل به كان القاتل هو الاب بنائبة قال رحمه الله (والام والجد والجدة كالاب) سواء كانوا من جهة الاب أو من جهة الام لانه جرؤهم فالنص الوارد في الاب يكون واردا فيهم دلالة اذ كانت الشبهة شاملة للجميع في جميع صور القتل وقال مالك رحمه الله ان قتله ضربا بالسيف فلا قصاص عليه لاحتمال أنه قصد تأديبه وان ذبحه ذبحا فعليه القصاص لانه عمد لا شبهة فيه ولنا أنه ولا يل بل جناية الاب أغلظ لان فيه قطع الرحم فصار كمن زنى بامته حيث يحد كمن زنى بالاجنبية والحجة عليه ما رويناه وما يناسب المعنى وليس هذا كالزنا بابنته لان الاب لو فورت شفقته يتجنب ما يضر ولده بل يتصل الضرر عنه حتى يسلم ولده فهذا هو العادة الفاشية بين الناس فلا يتوهم أنه يقصد قتل ولده فان وجد ما يدل على ذلك فهو من العوارض النادرة فلا تتغير بذلك القواعد الشرعية ألا ترى أن السفر لما كان فيه المشقة غالبا كان له أن يترخص برخصة المسافرين فلا يتغير ذلك بما يتفق لبعضهم فيه من الراحة ولا كذلك الزنا قال رحمه الله (وبعبده ومدبره ومكاتبه وبعبد ولده ومبعديملك بعضه) لما رويناه ولانه لو وجب القصاص لوجب له كما اذا قتله غيره ولا يجب له على نفسه عقوبة وكذا لا يستوجب ولده القصاص عليه على ما بينا ولا القصاص لا يتجزأ فاذا سقط في البعض لاجل أنه أملك البعض سقط في الكل لعدم التجزي قال رحمه الله (وأن ورث قصاصا على

وبعبد مدبره ومكاتبه) وأما المدبر والمكاتب فلكونه باقي فيه فصار كالعبد اه اتقاني (قوله ولانه لو وجب القصاص لوجب له) أي للولي اه (قوله سقط في الكل لعدم التجزي) أي كالدم اذا كان بين شريكين فعفا أحدهما اه

أبيه سقط) لما ذكرنا أن الابن لا يستوجب العفو بقتل أبيه وصورة المسئلة فيما اذا قتل الاب أخ امرأته ثم مات المرأة قبل أن يقتص منه فان انها مه ترث القصاص الذى لها فى أبيه فسقط لما ذكرنا وكذا اذا قتل امرأته ليس لابنه منها أن يقتله فيسقط القصاص قال رحمه الله (وانما يقتص بالسيف) وقال الشافعى رحمه الله يفعل به مثل ما فعل فى مثل تلك المرة ان قتله بفعل مشروع ثم ان مات بذلك فيها وان لم يمت حز رقبته لان المعتبر فى القصاص المساواة ولهذا سمى قصاصا وان قتله بفعل غير مشروع كاللواط وسقى الخمر استوفى مثله فيفعل به مثل ما فعله من التغذيه مثل آلته من الخشب فى اللواطة وبفعل به مثل ما فعل وسقى الماء فى سقى الخمر وجعل قدر ذلك المدة فان مات والا حز رقبته لانه أمكن المماثلة بهذا الطريق وقال بعضهم تحز رقبته ولا يفعل به مثل ما فعل لانه غير مشروع بخلاف القتل بالحجر والسيف ونحوه لانه مشروع الا ترى أن الرجم مشروع وهو بالحجر وكذا قتال الكفار وهو بالسيف ونحوه واستدل على ذلك بما روى عن أنس رضى الله عنه أن يهوديا رض رأس صبى بين حجرين فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يرض رأسه بين حجرين ولقوله تعالى وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ولان فيه تحقيق القصاص الذى هو أعن المماثلة فيجب تحقيقا للمساواة اذا وصفنا ولما روا سفيان الثورى باسناده عن النعمان قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا قود الا بالسيف والمراد به الاستيفاء لاوجوب القصاص بالقتل بالسيف فانه يجب اذا قتل بغيره كالنار اجماعا فدل ذلك على أن الاستيفاء لا يجوز بغيره ولانه قتل واجب فيستوفى بالسيف كقتل المرتد وهذا لان القتل المستحق لا يستوفى الا بما لا يتخلف عنه الموت ولو قطعت يده لا يموت الا بالسراية وهى موهومة فلا يكون مشروعا ولانه مثلة وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عنها وقال عليه السلام ان الله عز وجل كتب الاحسان على كل شئ فاذا قتلتم فأحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته فأمر النبى صلى الله عليه وسلم بأن يحسنوا القتلة وأن يريحوا ما أحل الله ذبحه ممن الانعام فما ظنك بالآدمى المكرم المحترم ولان جابر رضى الله عنه روى عن النبى صلى الله عليه وسلم قال لا يستقاد من الجرح حتى يبرأ ولو كان يفعل به مثل ما فعل لم يكن للاستيفاء معنى لانه يجب القطع برئ أو سرى فلما ثبت الاستيفاء لينظر ما تؤل اليه الجناية علم أن المعتبر هو ما تؤل اليه الجناية أن سرت صارت قتلا ولا يعتبر الطرف معه فيستوفى القصاص عن النفس فقط كما لو فعل فيما اذا كانت الجناية خطأ فانه يستأنى ولا يقضى بشئ فى الحال ثم اذا سرت ومات منها يجب عليه دية النفس لا غير لكون الاطراف تبعا لها فهذا يكشف لك ما ذكرنا من المعنى وما رواه يحتمل وجهين اما أن يكون منسوخا ثم نسخ كما نسخت المثلة أو يكون اليهودى ساعيا فى الارض بالفساد فيقتل كما يراه الامام ليكون أردع وهذا هو الظاهر ولان قصد اليهودى كان أخذ المال الا ترى الى ما يروى فى الخبر عن أنس بن مالك رضى الله عنه انه قال عدا يهودى على جارية فأخذ أوضاحا كانت عليها الحديث وهذا شأن قطاع الطريق وهو يقتل بأى شئ شاء الامام ويؤيد هذا المعنى أنه عليه الصلاة والسلام قتل اليهودى بخلاف ما كان قتل به الجارية فانه روى أو قلابة عن أنس أن رجلا من اليهود رضخ رأس جارية على حلى لها فأمر به النبى صلى الله عليه وسلم أن يرجم حتى تقتل وأيضا فانها لما قتل الا بقول الجارية انه قتلنى وعقله لا يجب القصاص فعلم بذلك أنه كان مشهورا بالسعى فى الارض بالفساد والمراد بما تلا نفى الزيادة من جهة على ما روى عن ابن عباس وأبى هريرة رضى الله عنهم انما قتل حزة ومثل به فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لئن ظفرت بهم لامثلن بسبعين رجلا منهم فأنزل الله تعالى وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ولئن صبرتم الآية فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بل نصبر فصبر وكفر عن يمينه وهذه مثلة أيضا وهى أيضا منسوخة قال رحمه الله (مكاتب قتل عمدا وترك وفاء وموارثه سيده فقط أو لم يترك وفاء وله وارث يقتص) أما الاول وهو ما اذا ترك وفاء ولا وارث له غير المولى فالمذكور هنا قولهما وعند محمد رحمه الله لا يجب القصاص لان سبب الاستحقاق هنا قد اختلف على التقديرين

(قوله وعند محمد لا يجب القصاص) ذكر فى شرح الاقطع قول زفر كقول محمد اه غاية

(قوله فلا يقضي اختلاف السبب الى المنازعة) أي كما اذا قال لك على ألف من ثمن مبيع وقال المقر فلا من قرض يجب الالف على المقر اه اتقاني (قوله فلا يثبت الحكم بدون تعين الثمن) يعني أن الحكم في تلك المسئلة ليس بمعتمد لان حكم ملك اليمين يغاير حكم النكاح لان الحل في النكاح مقصود وفي ملك اليمين تبع لا مقصود فلم الم يتفقا على أحد الحكمين لم يثبت الحل اه اتقاني (قوله وهذا بالاجماع) أي باجماع علمائنا خلافا للائمة الثلاثة اه وكتب مانصه لان الجراحة وقعت والمستحق المولى لبقاء الرق وحصل الموت والمستحق غير المولى فلما تغير المستحق صار شبهة في سقوط القصاص اه اتقاني (قوله كما قال زيد بن ثابت فالقصاص الخ) فاختلاف العصابة أورث شبهة في القصاص اه اتقاني (قوله في المتن لا العفو بقتل وليه) أراد بولي المعتوه (١٠٧) قريبه كما اذا كان له ابن مثلا وصورتها

لان المولى يستحقه بالولاء ان مات حرا وبالملك ان مات عبدا فاشتبه احدال فلا يستحق لان اختلاف السبب كاختلاف المستحق فيسقط أصلا كما اذا كان له وارث غير المولى فصار كما لو قال لغيره يعتق هذا الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها لاختلاف السبب ولهما أن المولى هو المستحق للقصاص على التقدير بن يقين وهو مسلم والحكم أيضا متحد معلوم فلا يقضي اختلاف السبب الى المنازعة ولا الى اختلاف حكم فلا يضر مجرد اختلاف السبب لان السبب لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وقد حصل بخلاف المستشهد به لاختلاف حكم السببين فلا يدري بأيهما يحكم فلا يثبت الحكم بدون تعين السبب وأما الثاني وهو ما اذا ترك وفاء وله وارث غير المولى فلانه مات رقيقا لانفساخ الكتابة لانه لا عين وفاء فظهر أنه قتل عبدا عمدا فيكون القصاص للولي بخلاف معتق البعض اذا قتل ولم يترك وفاء حيث لا يجب القصاص لان العتق في البعض لا ينفسخ عوته عاجزا ولان الاختلاف في أنه يعتق كله أو بعضه ظاهر فاشتبه المستحق فأورث ذلك شبهة كلكتاب اذا قتل عن وفاء وقوله أو لم يترك وفاء وله وارث اشتراط الوارث وقع اتفاقا فانه اذا لم يكن له وارث أيضا الحكم كذلك لتوهم رقيقا وأذكر ذلك ليبنيه على أنه لا فرق بين أن يكون له وارث أو لم يكن بخلاف المسئلة الاولى قال رحمه الله (وان ترك وفاء وله وارثان) أي لا يتقدر وهذا بالاجماع وان اجتمع المولى والوارث لاشتباه من له الحق لاحتمال مات حرا كما قال علي وابن مسعود رضي الله عنهما فالقصاص للوارث وان مات عبدا كما قال زيد بن ثابت فالقصاص للولى قال رحمه الله (وان قتل عبد الرهن لا يقتص حتى يجتمع الراهن والمرتهن) لان المرتهن لا بليه لعدم الملك وكذا الراهن لا بليه لما فيه من ابطال حق المرتهن في الدين لانه لو قتل القاتل لبطل حق المرتهن في الدين لهلاك الرهن بلا بدل وليس للراهن أن يتصرف تصرفا يؤدي الى بطلان حق الغير وذكر في العيون والجامع الصغير لفخر الاسلام انه لا يثبت لهما القصاص وان اجتمعا لعموم كلكتاب الذي ترك وفاء وورثاه لكن الفرق بينهما ظاهر فان المرتهن لا يستحق القصاص لانه لا ملك له ولا ولاية ولا مفرد يشتبه من له الحق بخلاف المكاتب على ما بينا وان قتل العبد المبيع قبل القبض فالقصاص للمشتري ان أجاز البيع لانه الملك ونقض فلا تم لان البيع ارتفع وظهر أنه الملك وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله كذلك ان أجاز البيع لما بينا وان فسخ فلا قصاص لبائع لعدم ملكه عند الجناية فلم ينعقد موجبا له ووجبت القيمة وعند محمد رحمه الله تجب القيمة في الوجهين لاشتباه المستحق قال رحمه الله (ولابي المعتوه القود والصلح لا العفو بقتل وليه) أي اذا قتل ولي المعتوه فلابيه أن يقتل قصاصا وله أن يصالح على مال وليس له أن يعفو أما القتل فلان القصاص شرع للتشفي ودرك الثار وكل ذلك راجع الى النفس ولابيه ولاية على نفسه فلبيه كالنكاح بخلاف الاخ وأمثاله حيث لا يكون لهم

الصغير بصح صلحه وقال في كتاب الصلح لا يصح اه اتقاني (قوله فلبيه كالنكاح) قال الاتقاني رحمه الله قال بعض الشارحين في هذا الموضع كل من ملك الانكاح لا يملك استيفاء القصاص فان الاخ يملك الانكاح ولا يملك استيفاء القصاص فأقول هذا ليس بشئ لان الاخ يملك استيفاء القصاص اذا لم يكن ثمة من هو أقرب منه كالاب والابن وكذلك يملك الانكاح اذا لم يكن ثمة ولي أقرب منه فاذا كان ثمة أقرب منه فلا يملك الانكاح أيضا لان من يستحق الدم هو الذي يستحق مال المقتول على قرأ بض الله تعالى الذكور والاناث في ذلك سواء حتى الزوج والزوجة فيه صرح الكرخي في مختصره اه قال قارئ الهداية ومن خطه نقلت ولا تخفى ما في شرح الهداية هنا اعتراض وهو وهم منا

في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمه الله في المعتوه يكون له أب فيقتل رجل ولي المعتوه عمدا قال للاب أن يقتل وأن يصالح وليس له أن يعفو وكذلك ان قطعت يد المعتوه عمدا وكذلك الوصي في هذا كله الا القتل فانه ليس له أن يقتل الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير قال فخر الاسلام البزدوي وحاصل هذا الفصل أن الروايات اتفقت في الاب أن يستوفي القصاص في النفس وما دونها وأنه يصالح في البابين جميعا ولا يصح عفوه في البابين جميعا واتفقت الروايات في الوصي أنه لا يملك استيفاء النفس وأنه يملك استيفاء ما دونها وأنه يملك الصلح فيما دونها ولا يملك العفو في البابين وانما اختلفت الروايات في الوصي في فصل واحد وهو صلحه في النفس على مال فقال ههنا أي في الجامع

(قوله هذا اذا صالح على قدر الدية أو أكثر منه) قال الاتقاني قال بعضهم في شرحه هذا اذا صالح على مثل الدية أما اذا صالح على أقل من الدية لم يجز الحط وان قل ويجب كمال الدية ولم أقف له على نقل صريح في الجامع الصغير مطلق حيث حوّز صلح أبي المعتوه عن دم قريبه مطلقا لانه قال وله أن يصالح من غير تقييد بقدر الدية فينبغي أن يجوز الصلح على أقل من قدر الدية عملا بالاطلاق ولانه اذا جاز صلحه على المال لانه أنفع من المعتوم من القصاص فاذا جاز استيفاء القصاص فالصلح أولى والنفع الا ترى أن الكرخي قال في مختصره واذا وجب لرجل على رجل قصاص في نفس أو فيما دونها فصالح صاحب الحق من ذلك على مال فعلى ذلك جائز قليلا كان المال أو كثيرا كان ذلك دون دية النفس أو أرش الجراحة أو أكثر وهو حال في مال الجاني ولا يكون ذلك على عاقلته الى هنا لفظ الكرخي اه ما قاله الاتقاني وقد كتب قارئ الهداية على هامش الزيلعي حاشية عند قوله وان صالح على أقل منه لا يصح وتجب الدية كاملة ونص الحاشية وكذا اعتراض الاتقاني هناك في شرح الهداية وهم أيضا اه (قوله والقاضي بمنزلة الاب فيه) في الصحيح يملك الاستيفاء في النفس وفيما دون النفس لان له ولاية في النفس والمال جميعا الا ترى أن أصحابنا قالوا في رجل قتل عمدا ولا ولي له أن للسلطان أن يقتل قاتله وله أن يصالح وكذلك اذا قتل الخليفة في قول أبي حنيفة ومحمد قال الفقيه (١٠٨) أبو الليث هذا اذا أدرك معتوها وأما اذا أدرك عاقلا ثم لحقه العته في قول

ولاية استيفاء قصاص وجب للمعتوه لان الاب وفور شفقته يجعل التشفي الحاصل له كالحاصل للابن ولهذا يعد ضرر ولده ضررا على نفسه بخلاف الاخ والعم وأما الصلح فلانه أنفع له من القود لما مر لان القود كان الصلح بالطريق الاولى هذا اذا صالح على قدر الدية أو أكثر منه وان صالح على أقل منه لا يصح وتجب الدية كاملة وأما العفو فلانه بإطلاقه بلا عوض ولا مصلحة فلا يجوز وكذلك ان قطعت يد المعتوه عمدا ما لم يأخذ شيئا والوصي كالاب في جميع ما ذكرنا الا في القتل لان القتل من باب الولاية على النفس حتى لا يملك تزويجه ويدخل تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف اذ ليس تحت القود في النفس وذكر في كتاب الصلح أن الوصي لا يملك الصلح في النفس لان الصلح فيها بمنزلة الاستيفاء وهو لا يملك الاستيفاء ووجه المذكور هنا وهو المذكور في الجامع الصغير أن المقصود من الصلح المال والوصي يتولى التصرف فيه كما يتولى الاب بخلاف القصاص لان المقصود التشفي وهو مختص بالاب ولا يملك العفو لان الاب لا يملكه لما فيه من الابطال بل أولى وقالوا القياس أن لا يملك الوصي التصرف في الطرف كما لا يملكه في النفس لان المقصود منعدم وهو التشفي وفي الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للنفس كالمال فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف فيه والقاضي بمنزلته الاب فيه في الصحيح الا ترى أن من قتل ولا ولي له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلته فيه وهذا لو ولي له والصبي كالمعتوه فيما عرف في موضعه قال رحمه الله (والقاضي كالاب والوصي يصالح فقط والصبي كالمعتوم) وقد بينا ذلك كله في أثناء الكلام قال رحمه الله (والكبار الفرد قبل كبر الصغار) يعني اذا كان القصاص مشتركين الصغار والكبار بان قتل لهم ولي جاز للكبار أن يقتلوا القاتل قبل أن يبلغ الصغار وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا ليس لهم ذلك حتى يبلغ الصغار لانه مشترك بينهم لان الكبار ولا ولاية لهم على الصغار حتى يستوفوا حقهم ولا يمكن استيفاء البعض لعدم

باب الولاية على النفس وليس له الولاية على نفسه ويندرج تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف فانه ليستثنى الا القتل اه قلت ويندرج تحت الاطلاق أيضا الصلح عن الطرف ولعله انما سكت عنه لظهوره ولما كان المصنف في الكثر اقتصر على استيفاء الاب القصاص في النفس والصلح عنها ولم يذكر استيفاء الاب الطرف والصلح عنه ذكر ذلك الشارح بقوله وكذلك ان قطعت يد المعتوما ما لم يأخذ شيئا ثم ذكر بعده قوله والوصي كالاب في جميع ما ذكرنا الا في القتل الخ تبعا لصاحب الكافي واعلم أن المراد من قول الشارح ويدخل تحت هذا الاطلاق هو قوله والوصي كالاب في جميع ما ذكرنا ولا يصح أن يراد منه اطلاق المصنف فان استيفاء الاب الطرف والصلح عنه لم يذكر في الكثر كما قدمنا ونبهنا أن بقر أقول الشارح اذ لم يستثن بالبناء للمفعول لا لبساء للفاعل لانه حينئذ يوهم أن يعود الضمير في يستثن على المصنف وهو ليذكر هذا الاستثناء في الكثر ولا في أصله الوافي نعم هو مذكور في الجامع الصغير للامام محمد وكان البدر الصيني فهم من قول الشارح ويدخل تحت هذا الاطلاق أن المراد اطلاق المصنف في الكثر فقال ثم اطلاقي قوله يشمل الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف اه وقد علمت غير مرة أن الكثر لم يذكر فيه استيفاء الطرف فلا وجه لما قاله العيني من الشمول فتنبه لهذا فليس لكاتبه اه

(قوله وان بطل بذلك حقه) أي حق الصغير اه (قوله ولابي حنيفة ما روى أن عبد الرحمن الخ) روى عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه لما أصابه ابن ملجم قال في وصيته أما أنت يا حسن فان شئت أن تعفو فاعف وان شئت أن تقتص فاقتص بضربة واحدة ولا يمثل بالرجل فاذا مات فقل عليه وفي رواية على صغارهم العباس بن علي وكان له أربع سنين وذلك بحضرة الصحابة من غير نكير كذا في الاسرار وقال محمد بن سعد في كتاب الطبقات الكبير والعباس بن علي يومئذ صغير لم يستأنس به وفوقه اه اتقاني (قوله فعلى الخلاف) يعني عند أبي حنيفة للكبير الاستيفاء وعندهما لاحق لبالغ الصغير (قوله في المتن وان قتلوه عمر) قال في الهداية ومن ضرب رجلا عمدا فقتله فان أصابه الحديد قتل وان أصابه العود فعليه الدية قال الاتقاني أي قال في الجامع الصغير قال نظر الاسلام وهذه بعينها من الخواص أطلق الرواية في الجامع الصغير ولم يفصل فان أصابه بحد الحديد فعليه القصاص عندهم (١٠٩) جميعا لوجود القتل على وجه الكمال وان أصابه بعرض الحديد فقتله دفعا يجب عليه القصاص عند أبي حنيفة في ظاهر الرواية لوجود القتل على صفة يقتل نظرا الى الآلة لان الحديد سلاح كله حده وعرضه في ذلك سواء وهو سلاح كله في العادة والشريعة في الدنيا والآخرة قال تعالى وأنزلنا الحديد فيه بأس شديد وقال تعالى ولهم مقامع من حديد وروى الطحاوي أنه يعتبر الجرح ان قتله جرحا بأي آلة كانت يجب القصاص سواء كانت حديدا أو لم تكن بعد أن تكون آلة يقصد بها القتل عادة لوجود القتل من كل وجه بضرب الحداد ظاهرا وباطنا بصفة التعمد وان قتله دفعا لا قصاص عليه سواء كانت الآلة حديدا أو لم تكن لعدم فساد الظاهر فلم يكن القتل حاصلا بصفة

النصرى ولا الكل لعدم الولاية عليهم وفيه ابطال حقهم بغير عوض يحصل لهم فتعين التأخير الى ادراكهم كما اذا كان مهم كبير غائب أو كان بين المولين وأحدهما صغير بخلاف ما اذا عفا الكبير حيث يصح وان بطل ذلك حقه في القصاص لان بطلانه بعوض فيحصل كلا بطلان ولابي حنيفة رحمه الله ما روى أن عبد الرحمن بن ملجم حين قتل عليا رضي الله عنه قتل به وقد كان في أولاد علي رضي الله عنهم صغار وكم ينتظر بلوغهم وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فكل محل الاجماع ولانه حق لا يتجزأ لان سببه وهو القرابة لا تتجزأ فثبت لكل واحد منهم كلا كما في ولاية النكاح ولهذا استووا فيه بعض الاولياء لا يضمن شيأ للقاتل ولم يكن له قتل الضمن كالاجنبي وكذا الباقون وكذا الصغار في مسئلتنا بخلاف ما اذا كان معهم كبير غائب لانه انما لا يستوفيه بعضهم فيسمع غيبة شريكه الكبير لاحتمال العفو من الغائب وفي الصغار احتمال العفو منقطع في الحال فافترقا وبخلاف ما اذا كان بين المولين وأحدهما صغيران البعيد فيها الملك أو الولاء وهو غير متكامل وفي مسئلتنا السبب القرابة وهي متكاملة ولهذا لا يزوج أحد المولين الامة المشتركة بينهما أو المعتقة لهما وفي القرابة يزوج فيحصل كل واحد منهم كأنه ليس معه غيره فينفرد به ولو كان الكبير وليا والصغير من له النصرف في ماله كالاب والجد يستوفيه الكبير قبل أن يبلغ الصغير باجماع أصحابنا سواء كانت الولاية لهما بالملك أو بالقرابة وان كان وليا للصغير لا يقدر على التصرف في المال كالاخ والعم فعلى الخلاف فان كان الكبير أجنبيا عن الصغير لا يملك الكبير الاستيفاء بالاجماع حتى يبلغ الصغير وعند الشافعي رحمه الله يملك الكبير الاستيفاء في الكل قال رحمه الله (وان قتله بمثقل يقتص ان اصابه الحديد والا كالخشب والتغريق) هذا اذا أصابه بحد الحديدة من غير خلاف وان أصابه بظهرها أو بالعود أو بالخشب أو بالتغريق فهو على الخلاف الذي ذكرناه في أول الكتاب وقدرنا الدلائل من الجانبين هناك فلا نعيده قال رحمه الله (ومن جرح رجلا عمدا وصار ذا فراش ومات يقتص) لان الجرح سبب ظاهر لموته فيحال الموت عليه ما لم يوجد ما يقطعه كحز الرقبة أو البرء منه قال رحمه الله (وان مات بفعل نفسه وزيد أو بفعل نفسه وزيد وجبة ضمن زيد ثلث الدية) لان فعل الاسد والحية جنس واحد لكونه هدرا في الدنيا والآخرة وفعله بنفسه جنس آخر لكونه هدرا في الدنيا معتبرا في الآخرة حتى يأثم به وفعل زيد معتبر في الدنيا والآخرة فصار ثلاثة أجناس هدر مطلقا ومعتبر مطلقا وهدر من وجه دون وجه وهو فعله بنفسه فيكون التالف بفعل كل واحد ثلاثة فيجب على زيد ثلث الدية ثمان

لكمال قال الصدر الشهيد وشجات المرأتين على اختلاف الروايتين أيضا ثم قال والاصح عنده الجرح أي عند أبي حنيفة فان أصابه بالعود تعلقه الدية ولا قصاص عليه لانه ليس بسلاح ولكنه ان كان مغلظا بأن يثلث كان كالسيف عند أبي يوسف ومحمد وعند أبي حنيفة هو كالسوط والمسئلة معروفة احتجا بأن ما لا يثلث يعمل عمل السيف وزيادة فوجب أن يلحق به واحتج أبو حنيفة بأن هذا القتل تمكنت فيه شبهة الخطأ فلا يجب القود كالقتل بالسوط الصغير لان الآلة غير موضوعة للقتل ولانه يؤثر في الباطن دون الظاهر فيصير عند المقابلة بمنزلة أثر فيهما ناقصا اه ما قاله الاتقاني رحمه الله وكتب ما نصه قال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يغرق الصبي والرجل في البحر فلا قصاص عليه وقال يعقوب ومحمد عليه القصاص وقول الشافعي كقولهما ولكن عند الشافعي يقتص منه بالتغريق وعندهما بالسيف (قوله وان أصابه بظهرها) فان جرحه فكذلك اجماعا وان لم يجرحه فكذلك على رواية الاصل لاعتباره الحديد دون الجرح وعلى رواية الطحاوي لا قود فيه عند أبي حنيفة اه زاهدي

(قوله في المتن ومن شهر على المسلمين سيفا الخ) قال الاتقاني صورتها في آصل الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل شهر على المسلمين سيفا قال حق على المسلمين أن يقتلوه ولا شئ عليهم وذلك لانه لما شهر عليهم السيف وقصد قتلهم صار حربا عليهم فكان كالباغي فبطلت عصمة دمه للمحاربة قال تعالى فقاتلوا التي تبغي حتى تفئ الى أمر الله فجاز للمسلمين الذين شهر عليهم السيف أن يقتلوه وفي قوله عليهم أن يقتلوه اشارة الى أنه وجب عليهم أن يقتلوه دفعا للشر عن أنفسهم لان دفع الشر واجب وجاز لغيرهم أن يعينوهم على ذلك حتى يدفعوا الشر عنهم لقوله عليه الصلاة والسلام انصر أخاك ظالما أو مظلوما يعني اذا كان ظالما منعه من الظلم واذا كان مظلوما منع الظلم عنه اه (قوله فلا السلاح لا يلبث) من اللبث الابطاء والتأخر اه ابن الاثير (قوله في المتن وان شهر عصا نهارا في مصر فقتله المشهور عليه قتل به) هذه المسئلة ذكرها في الجمع قبيل الخطر والاباحة اه (قوله والمجنون يقتلهما) مصدر مضاف الى الفاعل اه

﴿فرع﴾ ومن تطرف بيت انسان من ثقب أو شق باب أو نحوه فطعنه صاحب الدار بخشبة أو رماه بحصاة ففقأ عينه فيضمنها عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يضمنها لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام قال لو أن رجلا اطلع عليك بغير اذن فحذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح وعن سهل بن سعيد أن رجلا اطلع من جحر من باب النبي صلى الله عليه وسلم والنبي صلى الله عليه وسلم يحك رأسه ومدراة في يده فقال عليه الصلاة والسلام لو علمت أنك تنظرني لطعنت بها في عينك

كان فعل زيد عمدا يجب الدية عليه في ماله والا فعلى العاقلة لما عرف في موضعه قال رحمه الله (ومن شهر على المسلمين سيفا وجب قتله ولا شئ بقتله) لقوله عليه الصلاة والسلام من شهر على المسلمين سيفا فقد أبطل دمه ولان دفع الضرر واجب فوجب عليهم قتله اذا لم يمكن دفعه الا به ولا يجب على القاتل شئ لانه صار باغيا بذلك وكذا اذا شهر على رجل سلاحا فقتله أو قتله غيره دفعا عنه فلا يجب بقتله شئ لما بينا ولا يختلف بين أن يكون بالليل أو بالنهار في المصر أو خارج المصر لان السلاح لا يلبث وان شهر عليه عصا فكذلك ان كان ليلا أو نهارا خارج المصر لانه لا يلحقه الغوث بالليل ولا في خارج المصر فكان لمدفعه بالقتل بخلاف ما اذا كان في المصر وقيل اذا كان عصا لا يلبث يحتمل أن يكون مثل السلاح عندهما الجواز قتله في المصر نهارا كما في السيف قال رحمه الله (ومن شهر على رجل سلاحا ليلا أو نهارا في المصر أو غيره أو شهر عليه عصا ليلا في مصر أو نهارا في غيره فقتله المشهور عليه فلا شئ عليه) لما بينا من المنقول والمعقول قال رحمه الله (وان شهر عصا نهارا في مصر فقتله المشهور عليه قتل به) لان العصا تلبث والغوث غير منقطع في المصر فكان بالقتل متعديا وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ظاهر لانه ليس كالسلاح عنده وقيل عندهما يحتمل أن يكون على الخلاف المذكور في شبه العمد لانه كالسلاح عندهما حتى يجب القصاص بالقتل به وقد بيناه قال رحمه الله (وان شهر المجنون على غيره لا حافقتله المشهور عليه هدرا تجب الدية وعلى هذا الصبي والدابة) وعن أبي يوسف رحمه الله لا تجب الدية في الصبي والمجنون وقال الشافعي رحمه الله لا يجب الضمان في الكل لانه قتله دفاعا عن نفسه فصار كالبالغ العاقل وهذا لانه يصير محمولا على قتله بفعله بأن قال لما قتلني والاقتلتك وكون الدابة محمولة كذلك لا تأثير له في وجوب الضمان كالعبد اذا شهر سيفا على رجل فقتله فانه لا يجب عليه الضمان فكذا هذا فصار كالصبي اذا صال على المحرم فقتله ولابي يوسف رحمه الله أن فعل الصبي والمجنون معتبر في الجملة ولهذا اذا أتلفا مالا أو نفسا وجب عليهما الضمان بخلاف فعل الدابة لانه غير معتبر أصلا حتى لا يعتبر في حق وجوب الضمان لان الهيماء جبار وكذا عصمتهما بحقهما وعصمة الدابة بحق المالك فكان فعلهما مسقط العصمتهما فلا يضمنان ويضمن الدابة بخلاف الصبي اذا صال على المحرم أو صيد الحرم على الحلال لان الشارع آذن في قتله ولم يوجب علينا تحمل أذاه الا ترى أن الخمس الفواسق أباح قتلها مطلقا لتوهم الايذاء منها فالمملوك عند تحقق الايذاء من مالك الدابة لم يأذن فيجب الضمان به وكذا عصمة عبد الغير لحق نفسه وفعله محظور فيسقط به عصمته ولان أن الفعل من هذا الاشياء غير متصف بالحرمة فلم يقع نهيا فلا تسقط العصمة به لعدم الاختيار الصحيح ولهذا لا يجب القصاص على الصبي والمجنون بقتلهما ولا الضمان بفعل الدابة فاذا لم يسقط كان ضمنه أن يجب القصاص لانه قتل نفسا معصومة الا أنه لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فتجب الدية قال رحمه الله (ولو ضربه الشاهر فانصرف فقتله الآخر قتل به القاتل) معناه اذا شهر رجل على رجل سلاحا فضربه الشاهر فانصرف ثم ان المضروب وهو المشهور عليه ضرب الضارب وهو الشاهر فقتله فعليه القصاص لان الشاهر لما انصرف بعد الضرب عاد معصوما مثل ما كان لان حل دمه كان باعتبار شهره وضربه فاذا انكف على وجه لا يريد ضربه ثانيا لم يدفع

شره ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لو علمت أنك تنظرني لطعنت بها في عينك

(١) كذا بياض بالاصل اه مصححه

ثم ذكر القصاص في النفس شرع في القصاص فيما دونها لان الجزء يتبع الكل اه (قوله ومارن الانف) وانما قيد بالمارن لانه اذا قطع نصبة الانف لا يجب القصاص لانه عظم ولا قصاص في العظم سوى السن اه اتقاني (قوله والاذن) وأما الاذن اذا قطع كلها ففيها القصاص لامكان المماثلة لانها لا تتفاوت ولا تنبسط وان قطع بعضها فالقطع

شره فلا حاجة الى قتله لاندفاع شره بدونه فعادت عصمته فاذا قتله بعد ذلك فقد قتل شخصا معصوما الحما فيجب عليه القصاص قال رحمه الله (ومن دخل عليه غيره ليلا فأخرج السرقة فاتبعه فقتله فلا شئ عليه) لقوله عليه الصلاة والسلام قاتل دون مالك أي لاجل مالك ولان له أن يمنعه بالقتل ابتداء فكذا له أن يسترده به انتهاء اذ الاسترداد على قدر الدفع وهو نظير ما اذا قتل الغاصب حيث يجب عليه القصاص لانه يقصد على دفعه بالاستعانة بالمسلمين والقاضي فلا تسقط عصمته بخلاف السارق والذي لا يندفع بالصياح والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ باب القصاص فيما دون النفس ﴾

قال رحمه الله (يقتص بقطع اليد من المفصل وان كانت يد القاطع أكبر وكذا الرجل ومارن الانف والاذن والعين ان ذهب ضوؤها وهي قائمة وان قلعها والسن وان تفاوتا وكل شجة تنتهي فيها المماثلة) لقوله تعالى والجروح قصاص أي ذو قصاص ولقوله تعالى والسن بالسن والقصاص يبنى على المماثلة فكل ما أمكن رعاية المماثلة فيه يجب القصاص وما لا فلا وقد أمكن في هذه الاشياء التي ذكرها ولا معتبر بكبر العضو لانه لا يوجب التفاوت في المنفعة ويمكن رعاية المماثلة في العين اذا ضربت وذهب ضوؤها وهي قائمة بان تحمى لها المرآة ويجعل على وجهه قطن رطب وتسد عينه الاخرى ثم تقرب المرآة من عينه بخلاف ما اذا انقلعت حيث لا يقتص منه لعدم امكان رعاية المماثلة وكانت هذه الحادثة وقعت في زمن عثمان رضي الله عنه فشاور الصحابة رضي الله عنهم فقال علي يجب القصاص فبين امكان الاستيفاء بالطريق الذي ذكرناه ثم هنا لم يعتبر الكبر والصغر في العضو حتى أجرى القصاص في الكل باستيفاء الكل واعتبر بالشجة في الرأس اذا كانت استوعبت رأس المشجوج وهي لا تستوعب رأس الشاج فأثبت للمشجوج الخيار ان شاء أخذ الارش وان شاء اقتص وأخذ قدر شجته وانما كان كذلك لان ما يلحق من الشين أكثر لان الشجة المستوعبة لما بين قرنيه أكثر شينا من الشجة التي لا تستوعب بين قرنيه بخلاف قطع العضو فان الشين فيه لا يختلف وكذا منفعته لا تختلف فلم يكن له الا القصاص لوجود المساواة فيه من كل وجه قال رحمه الله (ولا قصاص في عظم) لقوله عليه الصلاة والسلام لا قصاص في العظم وقال عمر وابن مسعود رضي الله عنهما لا قصاص في عظم الا في السن وهو المراد بالحديث وبوضع صاحب الكتاب ولان القصاص يبنى على المساواة وقد تعذر اعتبارها في غير السن واختلف الاطباء في السن هل هو عظم أو طرف عصب يابس فمنهم من ينكره لانه عظم لانه يحدث ويموت بعد تمام الخلقة ويلين بالخل فعلى هذا لا يحتاج الى الفرق بينه وبين سائر العظام لانه ليس بعظم فلعل صاحب الكتاب ترك السن لذلك لانه لم يدخل تحت الاسم وكذلك في الحديث لم يستثنه ولئن قلنا انه عظم فالفرق بينه وبين سائر العظام أن المساواة فيه ممكن بان يبرد بالمبرد بقدر ما كسر منه وكذا ان قلع منه فانه لا يقلع منه قصاصا لتعذر اعتبار المماثلة فيه فربما تفسد لها ثم ولكن يبرد بالمبرد الى موضع أصل السن كذا ذكره في النهاية معزيا الى

المطبقة في أقصى سقف الفم والجمع اللهى واللهوات واللهيات أيضا اه وقال في المغرب اللهاة لحمة مشرفة على الحلق ومنها قولهم من نصر بسويق لا دأن يبقى بين أسنانه ولهاته شئ وكله تصحيف لثاته وهي لحمات أصول الاسنان اه قال ابن الاثير اللثة بالكسر والتخفيف عود الاسنان وهي مغارز رؤسها ثم قال وفي حديث الشاة المسمومة فما زلت أعرفها في لهوات رسول الله صلى الله عليه وسلم اللهوات جمع لهاة وهي اللحمات في سقف أقصى الفم اه

(قوله وقال الشافعي يجب القصاص في جميع ذلك الخ) فان قيل سلمنا وجود التفاوت في البدل وانه يمنع الاستيفاء لكن المعقول منه منع استيفاء الاكمل بالانقص دون العكس فان السلامة تقطع بالعصمة وأنتم لا تقطعونها للمرأة بدل الرجل فالجواب انا قد ذكرنا أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للانفس كالمال فالواجب أن يعتبر التفاوت المالي مانعا مطلقا والشلل ليس منه فيعتبر مانعا من جهة الاكمل لا من حيث انه ليس تفاوتا مالياً بل يخفى أن لا يعتبر فيها مسلك بها مسلك الاموال ومن حيث انه يوجب تفاوتا في المنفعة تنتفي به المماثلة ينبغي أن تعتبر فقلنا تعتبر من جهة الاكمل لئلا يلزم أن يكون بإزاء الزيادة في الاطراف ولا تعتبر من جهة النقص لانه اسقاط والاسقاط جائز دون (١١٢) البدل بالاطراف اه أكمل وقال الاتقاني فان قيل هذا الذي ذكرتموه صحيح في المنع من قطع الصحيح بالاشل والحر بالعبد والذكر بالانثى فهلا أجزتم أن تقطع المرأة بالرجل والعبد الحر كما يقطع الاشل بالصحيح قبل النقص على ضربين نقص من طريق المشاهدة فيمنع من استيفاء الكامل بالناقص ولا يمنع من استيفاء الناقص بالكامل كالشلل ونقص من طريق الحكم فيمنع من استيفاء كل واحد من الاعورين بالآخر كالبياض باليمين وما نحن فيه نقص من طريق الحكم اه (قوله الا لأن الحر يقطع طرف العبد) فانه لا يجري القصاص على الحر عنده أيضا اه غاية (قوله وفي الحائفة اليرم) قال الاتقاني وأما الحائفة وهي التي تصل الى البطن من الصدر أو الظهر أو البطن اذا برأت لا يكون فيها القصاص لان الحائفة المقتص بها نادر برؤها اذ الهلاك فيها غالب فاذا أفضت الى الهلاك غالبا لا يمكن المماثلة بين الثانية والاولى لوجود اليرء في الاولى دون الثانية فلا يجب القصاص لانتفاء شرط القصاص بل يجب ثلث الدية في ماله ولا تكون الحائفة الا فيما يصل الى البطن ولا تكون في الرقبة ولا في الحلق ولا في اليدين ولا في الرجلين فان كانت الجراحة في الاثنين والدبر فهي جائفة ذكره القدوري في شرحه اه (قوله وعن أبي يوسف انه اذا قطع من أصلها يجب القصاص) وقد قالوا جميعا لو قطع بعض اللسان لا يقتص منه لانه ليس هناك مفصل يوقع فيه القصاص فلا تعلم المماثلة اه غاية (قوله ولو سقطت بده المعيبة) أي بغير حق عليه مثل أن يقطع هو رجل ظلما أو تلف بآفة من السماء اه (قوله بعين حقه الخ) ولا يقال انه كان مخيرا بين أمرين فاذا فات أحدهما تعين الآخر لان حقه لم يثبت الا في اليد وكان له أن يعدل عن هذا الحق الى بدله فاذا تلف لم تجز له المطالبة بالبدل عنه مع تلفه كذا في شرح مختصر الطحاوي اه اتقاني

الذخيرة والمبسوط قال رحمه الله (وطرف رجل وامرأة سواء وعبد وعبدين) أي لا قصاص في الطرف بين رجل وامرأة ولا بين حر وعبد ولا بين عبدين وقال الشافعي رحمه الله يجب القصاص في جميع ذلك الا في الحر يقطع طرف العبد لان الاطراف تابعة للانفس وشرع القصاص فيها للحاق بالنفس فمتى كل موضع يجري القصاص في النفس يجري في الاطراف وما لا فلا ولنا أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها وقاية للانفس كالاموال ولا مماثلة بين طرف الذكر والانثى لتفاوت بينهما في القيمة بتقويم الشارع ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين لتفاوت في القيمة وان تساويا فانذلك بالحزر والظن وليس بيقين فصار شبهة فامتنع القصاص بخلاف طرف الحر لان استواءهما متيقن به بتقويم الشرع وبخلاف الانفس لان القصاص فيها يتعلق بازهاق الروح ولا تفاوت فيه قال رحمه الله (وطرف الكافر والمسلم سيان) أي مثلان فيجري القصاص بينهما للتساوي في الارش وقال الشافعي رحمه الله لا يجري لما ذكرنا من أصله قال رحمه الله (وقطع يدمن نصف ساعد وحائفة برئ منها ولسان وذكر الا أن يقطع الحشفة) أي لا قصاص في هذه الاشياء لعدم امكان المماثلة فيها لان في القطع من نصف الساعد كسر العظم وبتعذر التساوي فيه اذ لا ضابط له وفي الحائفة البرء نادر فلا يمكن أن يجرح الثاني حائفة على وجه يبرأ منه فلا يكون اهلا كفلا يجوز والذكر واللسان ينقبضان وينبسطان فلا يمكن اعتبار المماثلة فيهما الا أن يقطع من الحشفة لان معلوم القطع معلوم فصار كالمفصل وعن أبي يوسف رحمه الله أنه اذا قطع من أصلهما يجب القصاص لامكان اعتبار المماثلة والجلة عليهما مابينا ولو قطع بعض الحشفة أو بعض الذكر أو بعض اللسان لا يجب القصاص لجهالة المقدار بخلاف ما اذا قطع كل الاذن أو بعضها لانه لا ينقبض ولا ينبسط وله حد معلوم فيمكن اعتبار المماثلة فيه والشفة ان استقصاها بالقطع يجب القصاص لامكان اعتبار المماثلة فيها بخلاف ما اذا قطع بعضها لتعذر اعتبار المماثلة فيه قال رحمه الله (وخربين الارش والقود ان كان القاطع أشل أو ناقص الاصابع أو كان رأس الشاج أكبر) أما الاول وهو ما اذا كانت يد القاطع شلاء أو ناقصة الاصابع ويد المقطوع صحيحة كاملة الاصابع فلان استيفاء حقه بكماله متعذر فيضر بين أن يتجوز بدون حقه في القطع وبين أن يأخذ الارش كاملا كمن أتلف مثليا لانسان فانقطع عن أيدي الناس وأيس منه الا رد فانه يتخير بين أن يأخذ المو جود ناقصا وبين أن يعدل الى القيمة ثم اذا استوفى القصاص فقط في الزيادة وقال الشافعي رحمه الله يضمنه النقصان لانه قد عدل الى استيفاء البعض فيستوفي ما قدر عليه وما تعذر استيفاؤه يضمنه ولنا أن الباقي وصف فلا يضمن بانفراده فصار كما اذا تجوز بالردي مكان الجيد ولو سقطت يده المعيبة قبل اختياره المجني عليه بطل حقه ولا شيء له عليه لان حقه متعين

متعين فى القصاص عندنا لما صح أن موجب العمد القود عينا وحقه ثابت فيه قبل اختياره المال كما اذا كانت صحيحة فاذا فاتت المحل بعلل الحق بخلاف ما اذا قطعت بقود أو سرقة حيث يجب عليه ارش اليد وقال الشافعى رحمه الله يجب الارش فى الموضحة بين لان وجوب المال عنده أصلى كالقود فاذا تعذر استيفاء القود تعين المال ولنا أن القود هو المتعين على ما بينا فيفوت بفوات المحل كما اذا مات من عليه القصاص فى النفس غير أنه اذا قطعت يده بقصاص أو سرقة قد أوفى بها حقا مستحقا عليه فسلمته معنى فيغرم الاول بخلاف النفس اذا وجب على القاتل القصاص لغيره فقتل به حيث لا يضمن لانها ليست فى معنى المال فلم يسلم له وأما الثانى وهو ما اذا كان رأس الشاج أكبر بأن كانت الشجة استوعبت بين قرنى المشجوج وهى لا تستوعب بين قرنى الشاج فلان الشجة انما كانت موجبة لكونها مشينة فيزداد الشين بزيادتها وفى استيفاء ما بين قرنى الشاج زيادة على ما فعل وباستيفاء قدر حقه لا يطفى الشاج من الشين مثل ما يطفى المشجوج فيضر كافى الشلاء والصحيحة ثم اذا اختار القود يبدأ من أى الجانبين شاء لان حقه فى ذلك المحل فكان له أن يفعل وفى عكسه وهو ما اذا كان رأس المشجوج أكبر يتغير أيضا لتعذر الاستيفاء كملا لما فيه من زيادة الشين وكذا اذا كانت الشجة فى طول الرأس وهى تأخذ من جبهة أحدهما الى قفاه ولا تأخذ الى قفا الآخر فهو الخيار لما ذكرنا وذكر الطحاوى عن على الرازى الكبير أن له الاقتصاص والخيار له لان فى القصاص فيما دون النفس تعتبر المساواة فى المحل فلا يتطرأ الى الصغر والكبر كاليد وجوابه أن القصاص فى الشجة لاجل الشين وهو يتفاوت فى الصغر والكبر وفى قطع اليد لفوات منفعة البطش وهى لا تتفاوت ولعل الصغيرة أنفع من الكبيرة فافترقا

(قوله يبدأ من أى الجانبين شاء) حتى يبلغ مقدارها فى طولها الى حيث بلغ ثم يكف اه غاية (قوله أن له الاقتصاص) الذى يظهر الشارح انه له الاقتصاص اه

﴿فصل﴾ (قوله لقوله تعالى فمن عفى له من أخيه شئ الآية) أى من جهة أخيه المقتول اه غاية (قوله على ما بينا) أى أول كتاب الجناية اه (قوله بخلاف ما اذا كان القتل خطأ الخ) اذا كان الصلح على جنس ما افترضت فيه الدية واذا كان الصلح على خلاف الجنس يجوز وان زاد على قدر الدية نص عليه الكرخى فى كتاب الصلح وقد مر بيانه فى كتاب الصلح اه اتقانى (قوله لانه موجب) أى سقوط القود اه

﴿فصل﴾ قال رحمه الله (وان صولح على مال وجب مالا وسقط القود) أى اذا صولح القاتل على مال عن القصاص سقط القصاص ووجب المال المصالح عليه حالا قليلا كان أو كثيرا لقوله تعالى فمن عفى له من أخيه شئ الآية قال ابن عباس رضى الله عنهما نزلت الآية فى الصلح وقوله عليه الصلاة والسلام من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين بين أن يأخذوا المال وبين أن يقتلوا والمراد والله أعلم أخذ المال برضا القاتل على ما بينا ولانه حق ثابت له يجرى فيه العفو مجانا فكذا تعويضا لاشتماله على الاوصاف الجميلة من احسان الولى واحياء القاتل بخلاف حد القذف لان الغالب فيه حق الله تعالى ولا يجرى فيه العفو فكذا التعويض والقليل والكثير فيه سواء لانه ليس فيه شئ مقدر فيفوض الى اصطلاحهما كالخلع والكتابة والاعتاق على مال بخلاف ما اذا كان القتل خطأ حيث لا يجوز بأكثر من الدية لانه دين ثابت فى الذمة فيكون أخذا كثر منه ربا وانما وجب حالا لانه دين وجب بالعقد والاصل فى مثله الحلول كالثمن والمهر بخلاف الدية لانها لم تجب بالعقد وانما سقط القود لانه موجب العقد ولانه لم يرض ببذل المال الا مقابلا به فيوفر عليه مقصوده قال رحمه الله (وينتصف ان أمر الحر القاتل وسيد لقاتل رجلا بالصلح عن دمهما على ألف فعفل) معناه لو كان القاتل حرا وعبدا فأمر الحر القاتل ومولى العبد القاتل رجلا بأن يصالح عن دمهما على ألف درهم ففعل المأمور فالالف على الحر والمولى نصفان لانه مقابل بالقصاص وهو على ما على السواء فينقسم بدله عليهما على السواء ولان الالف وجب بالعقد وهو مضاف اليهما فانتصف موجبه وهو الالف قال رحمه الله (فان صالح أحد الاولياء عن حظه على عوض أو عفا فلبقى حظه من الدية) لان كل واحد منهم متمكن من التصرف فى نصيبه استيفاء واسقاطا بالعفو أو بالصلح لانه تصرف فى خالص حقه فينفذ عفوه وصلحه فيسقط به حقه فى القصاص ومن ضرورته سقوط حق الباقين أيضا فيه لانه لا يتجزأ ألا ترى أنه لا يتجزأ ثبوتا فكذا سقوطا بخلاف ما لو قتل رجلين فعفا أولياء أحدهما حيث يكون لاولياء الآخر قتله لان الواجب فيه قصاصان لاختلاف القتل والمقتول فيسقط أحدهما لا يسقط الآخر ألا ترى انهما يفترقان ثبوتا كذا بقاء بخلاف المحض

(قوله فيجب المال الخ) وذلك لما روى ان ثلاثة من بني عدي عقلوا عقلا واحدا فعقلوا عقلا عمر رضي الله عنه ان شئتم فلكل محل الاجماع اه اتقاني قال الاتقاني وهذا الذي ذكرناه من سقوط القصاص بعفو أحد شركي الدم مذهبنا وقال مالك للآخر أن يقتله كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي لان حق القتل ثابت لكل واحد منهما على الكمال ولهذا لو قتله لم يضمن شيأ واختلف عليه فضية عمر وقد ذكر محمد قضيته في كتاب الآثار عن أبي حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وقال في شرح الكافي أيضا القصاص والدية تصير بدلا بالكل (١١٤) الورثة عندنا بالسبب وبالنسب جميعا اه (قوله والورثة كلهم في ذلك سواء) قال الاتقاني والاصل في ذلك أن القصاص

فيه فاذا سقط انقلب نصيب من لم يعف مالا لانه تعذر استيفاؤه لمعنى في القاتل وهو ثبوت عصمة القاتل بعفو البعض عن القصاص فيجب المال كما في الخطأ فان سقوط القصاص فيه لمعنى في القاتل وهو كونه مخطئا فلا يجب المال في شئ لانه أسقط حقه المتعين بفعله ورضاه بلا عوض بخلاف شركائه لعدم ذلك منهم فينقلب نصيبهم مالا والورثة كلهم في ذلك سواء وقال مالك والشافعي رحمهما الله لاحق للزوجين في القصاص ولا في الدية لان الوراثة خلافة وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت وقال ابن أبي ليلى رحمه الله لا يثبت حقهما في القصاص لان سبب استحقاقهما العقد والقصاص لا يستحق بالعقد ألا ترى أن الوصي لا يثبت له حق في القصاص لان المقصود من القصاص التشفي والانتقام وذلك يختص به الاقارب الذين ينصر بعضهم بعضا ولهذا لا يكون أحدهما قاتلا الآخر لعدم التناصر ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من ترك مالا أو حقا فلورثته ومن ترك كلا فعلي والقصاص حقه فيكون لجميعهم كالمال وأمر عليه الصلاة والسلام بتوريث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها أشيم ولان القصاص حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله أبناء فلمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وبين ابن الابن فثبت لسائر الورثة والزوجية تبقى بعد الموت حكما في حق الارث أو يثبت الارث مستندا الى سببه وهو الجرح وكان علي رضي الله عنه يقسم الدية على من أحرز الميراث والدية حكمها حكم سائر الاموال فلهذا لو أوصى بثلث ماله تدخل الدية فيه والقصاص بدل النفس كالدية فيورث كسائر أمواله ولهذا لو انقلب مالا نقض به دينه وتنفذ فيه وصاياه واستحقاق الارث بالزوجية كاستحقاقه بالقرابة لا بالعقد ألا ترى أنه لا يرتد بالرق بخلاف الوصية وبهذا يتبين أن الاستحقاق ليس بالعقد بل بحكم العقد ولا يلزم من عدم التناصر والعقل عدم الارث للقصاص ألا ترى أن الصغير والمجنون والمسلم من الاقارب لا يعقلون ويرثون القصاص والدية وأقرب منه أن المرأة لا يعقل عنها أباؤها الكفار ويرثونها وقال الشافعي رحمه الله لا حظ للنساء من الاقارب في استيفاء القصاص ولهن حق العفو لان المرأة ليست من أهل القتل لضعفها ولهذا لا تقتل الكافرة الاصلية ولا توضع عليها الجزية والواجبة مكان القتل فصارت في حق الاستيفاء كالصغير والمجنون ما يأتي وقوله لانها ليست من أهل القتل قلنا انها ان لم تقدر على كل فانها من أهل التوكيل قال رحمه الله (ويقتل الجميع بالفرد) والقياس أن لا يقتل لعدم المساواة ولكن تركنا ما بإجماع الصحابة رضي الله عنهم وروي أن سبعة من أهل صنعاء قتلوا واحدا فقتلهم عمر رضي الله عنه وقال لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص شرع لحكمة الزجر فيجعل كل واحد منهم كالمنفرد فيجري القصاص عليهم جميعا تحقيقا لمعنى الاحياء ولولا ذلك للزم سد باب

والانثى في ذلك سواء والزوج والزوجة في ذلك سواء لنص عليه الكرخي في مختصره وكذلك الدية موروثة بينهم وذلك لان القصاص أحد بدلي النفس فينقسم بين الورثة كالدية والدليل على أن الدية بين الورثة انه مال ليست بمنقضية منه دونه وتنفذ منه وصاياه كسائر أمواله ثم اذا ثبت القصاص لجميع الورثة ثبت لكل واحد منهم أن يعفو عن نصيبه أو يصالح عنه ويطل ذلك القصاص وكان على القاتل حق من لم يعف عن الدية وليس للعافي من الدية شئ اه (قوله وأمر صلى الله عليه وسلم بتوريث امرأة أشيم الضبابي) قال الاتقاني ولنا ما روي عن الضحاك بن سفيان الكلابي انه قال ورد علي كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها والحديث مشهور مذكور في الموطأ وغيره وقال القدوري في شرحه القصاص وعن علي أنه قال الدية بين من أحرز الميراث ولانها مال ليست كسائر أمواله وقال القدوري في شرحه قال أصحابنا في دم عمد بين شريكين عفا أحدهما فلا آخر نصف الدية في مال القاتل في ثلاث سنين وقال زفر في ستين لنا أنه عجز من الدية فيسقط في السنين الثلاث كأرش بعض العاقلة ووجه قول زفر أن نصف الدية لزم من أجزاء دية واجبة وانما هو جعلها الواجب فصار كما يجب من نصف الدية بقطع اليد خطأ اه وكتب على قوله الضبابي ما نصه بكسر الضاد المعجمة والضباب بطن من العرب ذكره ابن دريد في جمهرة اللغة وأشيم من جملة الصحابة وكان قتله خطأ اه اتقاني (قوله في المتن ويقتل الجميع بالفرد) بشرط المباشرة من الكل بأن جرح كل واحد جراحا ما اه خواهر زاده (قوله تعالى) أصله المعاونة في حمل الحلوم عم فقالوا انما الوأى تعاونوا اه اتقاني

(قوله وفي قول قتل لهم جميعا) قال الامام علاء الدين في طريقة الخلاف وقال علماؤنا رضي الله عنهم الواحد يقتل بالجماعة قصاصا على سبيل الاكتفاء وقال الشافعي لا يقتل اكتفاء غير أنهان قتلهم على التعاقب يقتل بالاول اكتفاء وتجب ديات الباقين وان قتلهم على المقارنة فيه قولان في قول يقتل بالواحد غير عين وتجب ديات الباقين مشتركة بينهم اه

فرعه ثم في باب التعاقب اذا لم يوجد القتل من واحد تاما بل انه يقاومه الواحد فلم يقدر عليه فلم يحصل الانادر او الزاجر بشرع فيما يغلب لا فيما يندر ولان زهوق الروح لا يتجزأ واشتراك الجماعة فيما لا يتجزأ يوجب التكامل في حق كل واحد منهم فيضاف الى كل واحد منهم كلا كأنه ليس معه غيره كولاية الانكاح في باب النكاح قال رحمه الله (والفرد بالجمع اكتفاء) أي يقتل الفرد اذا قتل جماعة ويكتفي بذلك وقال الشافعي رحمه الله يقتل بالاول منهم ان قتلهم على التعاقب ويقضي بالدية لمن بعده في تركته لان العاقل لا يقتل العمد ان قتلهم جميعا معا أو لم يعرف الاول منهم يقرع بينهم ويقضي بالقود لمن خرجت له القرعة وبالدية للباقين وفي قول قتل لهم جميعا وتقسم الديات بينهم لان الموجود منهم قتلت وما يتحقق في حقه قتل واحد فلا تماثل وهو القياس في الفصل الاول للآثار كلها بعد ذكرنا على ما بينا ولنا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فحصل التماثل لا ترى أن الواجب في الفصل الاول وهو اذا قتل جماعة واحد القصاص ولو لا أن التماثل ثابت لما وجب القصاص وهذا لان المثل اسم مشترك غير ضرور يكون أحد الشيئين مثلا للآخر أن يكون الآخر مثلا له كاسم الاخ والزوج فوجوب القصاص فيه دليل على أنه مثل له اذ هو لا يجب في كل موضع تعذر اعتبار المماثلة فيه ككسر العظم أو يتوهم عدم المماثلة فيه كاليد الخاطئة فان الخاطئ وهم موته باعتبار الغالب امتنع القصاص قال رحمه الله (فان حضر واحد قتل وسقط حق البقية كعوت القاتل) أي اذا حضر أولياء واحد من المقتولين قتل لهم وسقط حق أولياء بقية المقتولين كما يسقط بموت القاتل حتف أنفه لفوات محل الاستيفاء فصار كموت العبد الجاني وفيه خلاف الشافعي رحمه الله لان الواجب عند أحدهما على ما بينا فأذا فات أحدهما تعين الآخر كمن قال لامرأتيه احداكما طالق أو قال لعبديه أحدكما حر فمات أحدهما تعين الآخر لفوات المحل قال رحمه الله (ولا تقطع يد رجلين بيد معا) اذا قطع يد رجل رجلان أو قطع يد رجل فلا قصاص على واحد منهما وقال الشافعي رحمه الله تقطع أيديهما والمفروض اذا أخذا سكينا واحدا من جانب وأمرا على يده حتى انفصلت هو يعتبرها بالنفس لان الاطراف تابعة لها وبلعقة بها فأخذت حكمها بخلاف ما اذا أمر أحدهما السكين من جانب والآخر من جانب آخر حتى التقى السكينان في الوسط وبانت اليد حيث لا يجب القصاص فيه على واحد منهما لانه لم يوجد من كل واحد منهما امرار السلاح الاعلى بعض العضو ولنا أن كل واحد منهما قاطع للبعض لان ما انقطع بقوة أحدهما لم ينقطع بقوة الآخر فلا يجوز أن يقطع الكل بالبعض والاثنان بالواحد لانعدام المساواة قصاركما اذا أمر كل واحد من جانب بخلاف النفس فان الشرط فيها المساواة في العصمة لا غير وفي الطرف تعتبر المساواة في النفع والقيمة ولهذا لا تقطع الصحيحة بالشلاء والنفس السالمة عن العيوب تقتل بالمفلوج والمشاول فكذا الاثنان بالواحد فلا يسقط القياس على النفس ولان زهوق الروح لا يتجزأ فأضيف الى كل واحد كلا وقطع العضو يتجزأ الا ترى انه يمكن أن يقطع البعض ويترك الباقي وفي القتل لا يمكن ذلك ولهذا لو أمر أحدهما السكين على قفاه والآخر على حلقه حتى التقى في الوسط ومات منهما يجب القصاص في الحال لا يجب ولان القتل بطريق الاجتماع يخالف بحقه الغرث لان في القطع لا نحتاج الى مقدمات بطيئة يلحقه الغوث بسببها كالشد أو نقول ثبت وجوب القصاص في النفس بالنص والاجماع على خلاف القياس

الى كل واحد منهم كلا فلم يجز قطع الايدي باليد الواحدة لعدم المماثلة بخلاف قتل الاثنين بالنفس الواحدة لان قتل النفس يضاف الى كل واحد منهم كلا بجعل كل واحد منهم قاتلا على الكمال فحصل المماثلة بين الانفس والنفس الواحدة والاعتداد مقيد بالمماثلة قال تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وقال تعالى من عمل سيئة فلا يجزى الا مثلها وقطع اليد متجزئ فلا تجوز المماثلة بين الايدي واليد الواحدة لان اليد نصف اوربع وثمان ونحو ذلك اه اتقاني

والطرف ليس مثلها فلا يلحق بها قال رحمه الله (وضمنا دينها) أى ضمن القاطعان دية المقطوعة لان التلف حصل بفعلهما فيجب عليهما نصف الدية على كل واحد منهما الربع فيجب من مالهما لان العاقلة لا تتحمل العمد قال رحمه الله (وان قطع واحد يمنى رجلين فلهما قطع يمنه ونصف الدية) يعنى اذا حضرا معا سواء كان القطع بمله واحدا وعلى التعاقب وقال الشافعى رحمه الله ان قطعهما على التعاقب يقطع لاول منهما ولا يغرم أرش اليد الثانى لان يده صارت مستحقة له قصاصا فمنع استحقاقها الثانى بالقطع فصار كما اذا رهن شيأ من انسان ثم رهنه من آخر بعد التسليم الى الاول وان قطعهما معا يقرع بينهما ويكون القصاص لمن خرجت له القرعة والارش للآخرلان اليد الواحدة لا تفى باطلقين وليس أحدهما أولى بها من الآخر فوجب المصير الى القرعة ولنا أن المساواة فى سبب الاستحقاق توجب المساواة فى الاستحقاق ولا معتبر بالتقدم والتأخر كالغريمين فى التركة وهذا لان حق كل واحد منهما ثابت فى كل اليد لتقرر السبب فى حق كل واحد منهما وهو القطع وكونه مشغولا بحق الاول لا يمنع تقرر السبب فى حق الثانى ولهذا لو كان القاطع لهما عبدا استوليا فى استحقاق رقبته ولو كان يمتنع بالاول لما شاركه الثانى بخلاف الرهن لانه استيفاء حكما فلا يثبت للثانى فى بعد ما ثبت للاول كالاستيفاء حقيقة ولان المرتهن حقه ثابت فى المحل حتى يحبسه بحقه ويكون خصما فيه اذا استهلك ويقبض بدله فيكون رهنا مكانه ولا كذلك المقطوع يده فانه لم يثبت حقه فى المحل وانما ثبت له حق التصرف فيه تصرفا يفضى الى قطع اليد والمحل خال عن حقه كما فى القصاص فى النفس ولهذا اذا قطعت يده لا يطالب القاطع بشئ ولو كان حقه ثابتا فيما لطالبه كالمرتهن فانه اذا منع الاول ثبوت حق الثانى فيما استولى باقيا فيقطع لهما اذا حضرا معا لعدم الاولوية ويقضى لهما بنصف الدية يقتسمانه نصفين لاستوائهما بخلاف ما اذا كان القصاص فى النفس حيث يكتفى فيه بالقتل لهما واولا يقضى لهما بالدية لما بيناه من الفرق فيما تقدم قال رحمه الله (فان حضر واحد فقطع يده له فلا شئ عليه نصف الدية) لان للحاضر أن يستوفى حقه ولا يجب عليه التأخير حتى يحضر الآخر لثبوت حقه بيقين وحق الآخر مترد د لاحتمال أن لا يطلب أو يعفو فجاز أو صلحا فصار كأحد الشفيعين اذا حضر والآخر غائب حيث يقضى له بالشفعة فى الحال لما قلنا ثم اذا حضر الآخر بعد ما قطعت يد المحاضر وطلب يقضى له بالدية لان يده أوفى بها حقه مستحقا عليه فيمنعها السلامة له ولو قضى بالقصاص بينهما ثم عفا أحدهما قبل استيفاء الدية فلا شئ للآخر عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله له الارش لان القاضى بالقضاء أثبت الشركة بينهما فعاد حق كل واحد منهما الى البعض فاذا عفا أحدهما لم يتمكن الآخر من استيفاء الكل ولهما أن الاصل من القضاء فى العقوبات فالعفو قبله كالعفو قبل القضاء ولو قطع أحدهما يد القاطع من المرفق سقط القصاص لذهاب اليد التى فيها القصاص بالقطع ظلما ولا يقابل مالا كما اذا قطعها أجنبى أو سقطت بآفة سماوية ولهما نصف الدية على حاله لانها واجبة قبل قطعها فلا تسقط بالقطع ظلما ثم القاطع الاول بالخيار ان شاء قطع ذراع القاطع وان شاء ضمنه دية اليد وحكومة عدل فى قطع الذراع الى المرفق لان يد القاطع كانت مقطوعة من الكف حين قطع القاطع الاول من المرفق فكانت كالشلاء وعلى هذا لو كان المقطوع يده واحدا فقطع القاطع من المرفق سقط حقه فى القصاص ووجب عليه القصاص وللمقطوع من المرفق الخيار ان شاء قطع من المرفق وان شاء أخذ الارش لما ذكرنا قال رحمه الله (وان أقر بعبد بقتل عمد يقتص به) وقال زفر رحمه الله لا يصح اقراره لانه يؤدى الى ابطال حق المولى فصار كالاقرار بالقتل خطأ أو بالمال ولنا أن العبد غير متهم فى مثله لكونه يلحقه الضرر به فيصح ولان العبد مبقى على أصل الحرية فى حق الدم عملا بالاكثرية الا ترى أن اقرار المولى عليه بالحدود والقصاص لا يجوز فاذا صح لزم منه بطلان حق المولى ضرورة وذلك لا يضر وكم من شئ يصح ضمنا وان كان لا يصح قصدا بخلاف

(قوله والطرف ليس مثلها فلا يلحق بها) قال فى المستصفى والجواب عن قوله كما تقتل الانفس بنفس واحدة ان نقول القياس كذلك لكن تركناه بالاثر والمخصوص عن القياس لا يلحق به الا ما كان فى معناه من كل وجه وقطع الطرف ليس فى معنى قتل النفس لان القطع يحتمل الوصف بالتحرز لانه بانة العضو فجاز أن يقطع البعض دون البعض وأما القتل از هاق الروح وانه لا يتجزأ اه (قوله ولهذا اذا قطعت يده لا يطالب) بأن قطعها شخص خرلا يكون للمقطوع الاول مطالبة من قطع يد قاطعه اه (قوله وقال زفر الخ) وقول زفر ينتقض بما اذا ارتد العبد لانه يقتل مع وجود المعنى الذى ذكروه اه ايه

﴿فصل﴾ (قوله وموجب القطع اذا كانا عمدين أو أحدهما عمدا والآخر خطأ) هذه تنقسم الى خاتين احداهما قطع يده عمدا ثم قتله خطأ والاخرى قطع يده خطأ ثم قتله عمدا وكل منهما ما قبل البرء أو بعده فصارت أربع صور والحالتان الاخريان كذلك تصير أربع صور فيصير المجموع ٨ صور فى ٦ منها لا تداخلان اتفاقا وفى واحدة تداخلان اتفاقا فتجب دية فقط والثامنة خلافية عندنا يتداخلان وعند أبى حنيفة لا يتداخلان اه ﴿فروع﴾ قال فى الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى الرجل يقطع يد الرجل عمدا ثم يقتله خطأ قبل أن تبرأ اليد أو يقطع يده خطأ ثم يقتله عمدا قبل البرء قال يؤخذ بالامرين جميعا بالدية والنفس الى هنا لفظ محمد الجامع الصغير قال أبو الليث فى شرح الجامع الصغير هذه المسئلة وما شاكلها على أربعة أوجه اما أن يقطع يده عمدا ثم يقتله عمدا أو يقطع يده خطأ ثم يقتله خطأ أو يقطع يده عمدا ثم يقتله خطأ أو يقطع يده عمدا ثم يقتله عمدا فى كل وجه على وجهين اما أن برأ فيما بين ذلك أو لم يبرأ فصارت فى الحاصل ثمانى مسائل وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى وهذا على وجوه أربعة اما أن يكون كل واحد منهما عمدا أو خطأ أو أحدهما عمدا والآخر خطأ أو القطع عمدا والقتل خطأ أو القطع خطأ والقتل عمدا وذلك كله قبل البرء أو بعد البرء ففى الوجوه كلها بعد البرء يجمع بين الموجبين بالاجماع لان الفعل الاول (١١٧) قد انتهى فبكون القتل بعده فعلا ابتداء فلا بد من اعتبار كل واحد منهما حتى لو كانا عمدين له أن يقطع يده ثم يقتله ولو كانا خطأين أخذ دية الطرف ودية النفس جميعا ولو كان أحدهما خطأ والآخر عمدا يقتص فيما هو عمد ويؤخذ الدية فيما هو خطأ وان كان لم يتخلل بينهما برء فان كانا خطأ يكتفى بدية واحدة بالاجماع لانه ماتوزن الانفس واحدة فلا يجب به الا دية واحدة وان كان أحدهما خطأ والآخر عمدا التحق فيما هو عمد وأخذ بالدية فيما هو خطأ بالاجماع ولا تشد خل أحدهما فى الآخر لاختلافهما فأما ان كانا عمدين اختلفوا

الاقرار بالمال لانه اقرار على المولى باطلاف حقه قصدا لان موجبه بيع العبد والاستسعاء وكذا اقراره بالقتل خطأ لان موجبه دفع العبد أو الفداء على المولى ولا يجب على العبد شئ فلا يصح سواء كان العبد محجورا عليه أو مأذونا له فى التجارة لانه ليس من باب التجارة فتكون باطلا قال رحمه الله (وان رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه الى آخر يقتص للاول وللثانى الدية) لان الاول عمد والثانى أحد نوعى الخطأ وهو الخطأ فى الفعل فكأنه رمى الى حربى فأصاب مسلما والفعل الواحد يتعدد بتعدد أثره

﴿فصل﴾ قال رحمه الله (ومن قطع يد رجل ثم قتله أخذ الاعرين أو عمدين أو مختلفين أو خطأين تخلل بينهما برء أولا الا فى خطأين لم يتخلل بينهما برء فتجب دية واحدة كمن ضربه مائة سوط ومات فى أحد وثلاثين ومائتى عشرة) معنى هذا اذا قطع يده ثم قتله يجب عليه موجب القتل وموجب القطع اذا كانا عمدين أو أحدهما عمدا والآخر خطأ أو كانا خطأين وتخلل بينهما برء لانه لم يتخلل بينهما برء فتجب فيه دية واحدة فحاصله أن الكل لا يتداخل الا الخطأين فانهما يتداخلان فتجب فيهما دية واحدة اذا لم يتخلل بينهما برء وان تخلل بينهما برء لا يتداخلان أما الاول وهو اذا كانا عمدين فالمذكور قول أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما يتداخلان فيقتل حزا ولا تقطع يده لان الجمع بينهما ممكن لتماثل الفعلين وعدم تخلل البرء بينهما فصارا كالخطأين وذلك لان الجمع بين الجراحات واجب ما أمكن لان القتل يقع بضربات غالبا واعتبار كل ضربة على حدتها يؤدى الى الحرج فيجمع تيسيرا الا أن لا يمكن بان يختلف حكم الفعلين كما اذا كان أحدهما خطأ أو يتخلل البرء بينهما لان البرء قاطع للسراية فلا يمكن أن يجعل الثانى تتميما للاول فيه بترجح حياله وأمكن فى قبل البرء فصار كسراية الاول وله أن الجمع متعذر لان حز الرقبة يمنع سراية القطع كالبرء حتى لو صار من شخصين وجب على كل واحد منهما نصف فكذا اذا كانا من شخص واحد فيقطع الاول يده ثم يقتله ان شاؤا وان شاؤا قتلوه من غير قطع لان القصاص يعتمد فيه قال أبو حنيفة يخير ان شاء قطع ثم قتل وان شاء كتفى بالقتل وعندهما ليس له الا القتل هما يقولان انه مافوت بالفعل الا النفس فحسب كما اذا كانا خطأ فثمة تجب دية واحدة فكذا ههنا القصاص واحد اذا كانا عمدا ولابى حنيفة أنه أتى بجنايتين فقطع وقتل فوجب عليه موجبان اه اتفاقى ﴿فرع﴾ اعلم أنه لا يخلو القطع والقتل من أن يتخلل بينهما برء أو لا فان تخلل بينهما برء يعتبر كل فعل ويؤخذ بموجب الفعلين لان موجب الاول قد تقرر بالبرء فلا يدخل أحدهما فى الآخر حتى لو كانا عمدين فلولى القطع والقتل وان كانا خطأين تجب دية ونصف دية وان كان أحدهما عمدا والآخر خطأ فان كان القطع عمدا والقتل خطأ يجب فى اليد القود وفى النفس الدية وان كان القطع خطأ والقتل عمدا يجب فى اليد نصف الدية وفى النفس القود وان لم يتخلل بينهما برء فان كان أحدهما عمدا والآخر خطأ يعتبر كل فعل على حدته فيجب فى الخطأ الدية وفى العمد القود وان كانا خطأين يعتبر الكل جناية واحدة اتفاقا فتجب دية واحدة وان كانا عمدين فعند أبى يوسف ومحمد جعلهما كله يقتل ولا يقطع وعند أبى حنيفة للولى الخياران شاء قطع وقتل وان شاء قتل اه حصارى (قوله وعندهما يتداخلان) أى اذا كان القتل قبل البرء لما مر (قوله وجب على كل واحد منهما القصاص) أى بقطع يد القاطع ويقتل القاتل اه

المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع واستيفاء القطع بالقتل متعمدا لاحتمال فهما حقيقة وحكما ولان المماثلة صورة ومعنى تكون باستيفائهما والا كتفاء بالقتل لم توجد المماثلة الا معنى فلا يصار اليه مع القدرة على المماثلة صورة ومعنى فيضر الولي بخلاف ما اذا مات من السراية لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطأين لان الموجب فيه الدية وهي بدل المحل والمقتول واحد فيجب بدل واحد ألا ترى أن عشرة لو قتلوا واحدا خطأ يجب عليهم دية واحدة لاتحاد المحل وان تعددت الفعل ولو قتلوه عمدا قتلوا به جميعا لان القصاص جزاء الفعل وهو متعدد وان اتحد المحل ولان أرش البدل وجب كان يجب عليه عند الحز لانه وقوف استحكام أثر الفعل ولا سبيل اليه لانه حينئذ تجب دية النفس بالحز فيجتمع وجوب بدل الجزء والكل في حالة واحدة وهو محال ولو وجب ذلك لوجب بقتل النفس الواحدة ديات كثيرة للاطراف لانها تتلف بتلف النفس أما القطع والقتل فقصاصان فأمكن اجتماعهما وبخلاف ما اذا قطع وسرى حيث يكتفي بالقتل لاتحاد الفعل وأما الثاني وهو ما اذا كانا مختلفين بان كان أحدهما خطأ والآخر عمدا وبالثالث وهو ما اذا كانا خطأين وبخلل بهما برء فلأن الجمع غير ممكن فيهما لاختلاف حكم الفعلين في الاول ولتخلل البرء في الثاني وهو قاطع للسراية فيعطى لكل فعل حكم نفسه وقوله لانه في خطأين لم يتخلل بينهما برء يجب فيه دية واحدة هذا اخراج عن قوله أخذا بالامرين أي بوجوبي فعله الا في هذه الصورة فانهما تداخلا ولا يؤخذ الا بالقتل فتجب فيه دية النفس لا غير وقد بينا وجهه في أثناء البحث وقوله كمن ضربه مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة يعني يجب فيه دية واحدة كما اذا كان القطع والقتل خطأين ولم يتخلل بينهما برء وانما كان كذلك لان الضربات التي برأ منها لم يبق لها أثر سقط أثرها لزوال الشين وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف رحمه الله فيما حكومة عدل وعند محمد رحمه الله أنه يجب فيه أجرة الطبيب وثمن الادوية وتأتي المسئلة بأدلتها في فصل الشجاج ان شاء الله تعالى ولو بقي لها أثر بعد البرء يجب موجبه مع دية النفس بالاجماع لان الارش يجب باعتبار الشين في النفس وهو بقاء الاثر قال رحمه الله (وان عفا المقطوع عن القطع فمات ضمن القاطع الدية ولو عفا عن القطع وما يحدث منه أو عن الجناية لا فاظفا من الثلث والمدمن كل المال) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله والعفو عن الشجة كالعفو عن القطع وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا عفا عن القطع أو عن الشجة فهو عفو عن النفس أيضا حتى اذا مات بعد العفو بالسراية لا يضمن لان العفو اذا أضيف الى الفعل كالقطع والشجة يراد به موجبه لان نفس الفعل لا يحتمل العفو وموجبه أحد شيئين ضمان الطرف ان اقتصر وضمان النفس ان سرى فيتناولهما فصار كالعفو عن الجناية أو عن القطع وما يحدث منه أو عن الشجة وما يحدث منها ولان اسم القطع والشجة يتناول السارى والمقتصر لان القطع جنس وهما نوعان فصارت السراية والاقتصار صفة له ألا ترى أن من أمر انسانا بقطع يده فقطعها وسرى الى النفس لا يجب له عليه شيء لان اذنه بالقطع تناوله فكذا العفو عنه يتناول ما يحدث منه وهذا لان السبب يذكر ويراد به المسبب ولهذا لو أبرأ المغصوب منه الغاصب عن الغصب كان ذلك إبراء عن موجب الغصب وهو رد العين عند قيامها ورد القيمة بعد هلاكها وكذا لو أبرأ البائع المشتري كان ذلك إبراء عن موجب العيب وهو الرد عند الامكان والرجوع بالنقصان عند تعذر الرد ولابي حنيفة رحمه الله أن حق المجني عليه في القتل دون القطع لانه لما سرى تبين أنه كان قتلا من الابتداء ففعوه عن القطع يكون عفوا عن غير حقه فيبطل ألا ترى أن من قال لا تقطع لي قبل فلان لا يوجب البراءة عن القصاص في النفس ولو كان القطع يتناوله كما قالا لاقتضى براءته عنه فكذا العفو عن القطع لا يتناول العفو عن القتل لكونهما غيرين فلم يصادف العفو محل حقه فيبطل ويجب عليه الدية والقياس أن يجب عليه القصاص في النفس لانه قتل نفسا

(قوله بخلاف ما اذا مات من السراية) أي اذا قطع يده عمدا فمات من ذلك فانه يقتل فقط اه (قوله لانه خطأين) هكذا هو في نسخة قارئ الهداية ونسخة الشيخ شمس الدين الزراتيتي المقابلة على خط الشارح وغالب نسخ المتن إلا باداة الاستثناء وعليها شراح العيني والرازي وغيرهما رحمهم الله أجمعين اه (قوله ولم يبق لها أثر) جعل كأنها لم توجد في حق الضمان وان اعتبرت في حق التعزير وصار كأنه لم يضربه الا عشرة فمات منها فلا تجب الا دية واحدة اه اتقاني (قوله وهذا عند أبي حنيفة) وكذا الجواب في كل جراحة اندملت ولم يبق لها أثر اه اتقاني

معصومة بغير حق عمدا الا أنا استحسنا في سقوطه لان صورة العفو اوجبت شبهة وهي دارئة للقود وهذا لانه أضاف العفو الى حقه من حيث الظاهر وذلك يكفي لدرء القصاص لا لسقوط المال لانه يجب مع الشبهة ولانسلم أن السارق نوع عن القطع وأن السراية صفة له بل السارق قتل من الابتداء وتبين ذلك بالسراية وهذا لان المعتبر في الجنايات ما لها لما أن أصل الفعل قد يكون غير موجب القصاص في النفس ثم يصير موجبا له بالسراية وقد يكون موجبا القصاص ثم يصير غير موجب له كما اذا قطع يد مسلم فسرى الى نصف الساعد وباعتبار المآل تبين أنه لم يكن له حق في اليد ولهذا لو عفا الولي عن اليد بعد السراية لم يصح ولو كان السارق نوعا له لصح لامكان الصرف اليه ولان القطع الاول لا يوجب قطعا سارقا وانما يوجب القطع فحط ان كان مقتصرا أو القتل فقط ان كان سارقا فلا موجب للقطع السارق فلا يتناوله العفو عن القطع لان القطع ليس باسم للقتل ولا هو سبب لوجوب القطع السارق على الجاني حتى يستعاره فلذا بخلاف العفو عن الجناية أو عن القطع وما يحدث منه أو عن النفسة وما يحدث منها لان الجناية اسم جنس يتناول السارق والمقتص والقتل ابتداء الا ترى أنه لو قال لاجنابة لي قبل فلان أو وجب البراءة عن الكل بخلاف ما اذا قال لاقطع لي على ما يمانه والعفو عن القطع وما يحدث منه أو عن النفسة وما يحدث منها صار به في العفو عن السراية وأما مسئلة الاذن بالقطع فانما سقط الضمان عن القاطع لما لم يأمر ما ينتقل الفعل اليه فصار في التقدير كأنه هو الذي قطع يد نفسه فمات منه ولو كان يتناول السارق لوجب الضمان على القاطع كما لو قاله اقتلني فقتله فكان هذا شاهدا لابي حنيفة رحمه الله كما رآه وأما مسئلة الغصب فلان الغصب سبب لوجوب رد المغصوب وأقربه فيجاز استعاره على السبب وكذا مسئلة الرد بالعيب بخلاف ما نحن فيه على ما بيناه ولا يرد على هذا ما لو وقع الصلح عن القطع على عبد فانه تهات المقطوع حيث لا ينقض الصلح ولو لم يتناول السارق لانتقض لانا نقول لما أعتقه صار مختارا للامضاء فتضمن اعتاقه نقض الصلح الاول والوصول الى الصلح عن الجناية أو لحق ذلك لانه لا يتم الا به على ما بأتي بيانه من بعد ان شاء الله تعالى ولو كان القطع خطأ فهو كالعمد في هذه الوجوه حتى اذا أطلق ولم يقل عفوت عن اليد كان عفوا عن دية النفس عندهما وعن دية اليد فقط عنده ولو قال عفوت عن الجناية أو عن القطع وما يحدث منه كان عفوا عن دية النفس بالاجماع حتى اذا مات منه يسقط كل الدية بقيه غير أنه يعتبر من الثلث لان موجبه المال وقد تعلق بحق الورثة فيعتبر من الثلث كسائر أمواله بخلاف ما اذا كان عمدا حيث يعتبر من جميع المال لان موجبه القصاص ولم يتعلق حق الورثة به لانه ليس بمال وصار كما لو أعار أرضه في مرضه موته وانتفع بها المستعير ثم مات المعير حيث ينفذ ذلك من جميع ماله لان المنافع ليست بمال مطلقا وانما تتصور بالاعتقاد الاجارة ولم يتعلق حق الورثة بها في المرض وهو المراد بقوله فانحط أي الثلث والعمد من كل المال قال رحمه الله (وان قطعت امرأة يد رجل عمدا فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها والدية في مالها وعلى عاقلتها لوخطأ) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله لان العفو عن اليد أو عن القطع لا يكون عفوا عما يحدث منه عندهما فكذا التزوج على اليد أو على القطع لا يكون تزوجا على ما يحدث منه عنده ثم ان كان القطع عمدا فهذا تزوج على القصاص في الطرف وهو ليس بمال على تقدير الاستيفاء وعلى تقدير السقوط أولى لانه لا يمكنها أن تستوفي القصاص من نفسها فاذا لم يكن مالا لا يصلح مهرا فيجب لها عليه مهر المثل ولا يقال القصاص لا يجري بين الرجل والمرأة في الطرف فكيف يكون تزوجا عليه لانا نقول الموجب الاصلي للعمد القصاص لا طلاق قوله تعالى والجروح قصاص وانما سقط للتعذر ثم يجب عليها الدية لان التزوج وان تضمن العفو لكن عن القصاص في الطرف فاذا سمى تبين أنه قتل ولم يتناوله العفو فتجب الدية لعدم صحة العفو عن النفس وذلك مالها لانه عمد والعاقلة لا تعقله والقياس أن يجب القصاص

(قوله ولهذا لو عفا الولي عن اليد) أي قطع يده فمات فعفا ولي المقتول عن موجب اليد لا يسقط القصاص اه (قوله بخلاف ما استعاره على السبب) يعني له اه (قوله فيعتبر من الثلث كسائر أمواله) ويكون هذا وصية للعاقلة قال الصدر الشهيد وغيره وهذا لا يشكل عند من لم يجعل القاتل واحدا من العاقلة أما من جعله واحدا من جملتهم فلا تصح الوصية بقدر حصته من الدية لانها وصية للقاتل فلا تصح قالوا والصحيح انها تصح في حق الكل وان حصلت للقاتل بقدر حصته لانها لو لم تصح في الابتداء صحت في الانتهاء لانها لو بطلت في الابتداء كان كلها وصية للعاقلة لان من أوصى لمن تصح له الوصية ولمن لا تصح له الوصية سواء كانا من تصح له الوصية كمن أوصى لحي وميت كانت الوصية للحي تصحيحا للوصية فهنا اذا لم تصح للقاتل تعود الى العاقلة فتسقط عن العاقلة في الابتداء فتصير الساقطة اه غاية ما يأتي معنى هذا الحاشية في كلام الشارح في الصفحة الآتية لكنني بادرت بكتابتها ظنا أنه لم يذكره اه (قوله لانه ليس بمال) وانما يحجر من أشرف على الموت عن التصرف في جميع ماله لحق الورثة وما ليس بمال فالصحيح

فى النفس على ما بينا فاذا وجب له الدية ولها المهر تقاصا ان استويا قدرا ووصفا وان كان أحدهما أكثر رجع صاحبه على الآخر وان كان القطع خطأ يكون هذا تزويجا على ارش اليد واذا سرى الى النفس تبين انه لا أرش لليد وأن المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما فى يده ولانه شىء فيها والدية واجبة بنفس القتل لانه خطأ ولا تقع المقاصة لان الدية على العاقلة بخلاف ما اذا كان عمدا لان الدية عليها والمهر على الزوج فلا فائدة فى استيفاء كل واحد منهما حقه فيتقاصان قال رحمه الله (وان تزوجها على اليد وما يحدث منها أو على الجناية فمات منه فلها مهر مثلها) لان هذا تزويج على القصاص وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا فيجب مهر المثل كما لو تزوجها على خمر أو خنزير قال رحمه الله (ولا شىء عليها لو عمدا) لانه رضى بسقوط القصاص على أنه يصير مهرا وهو لا يصلح مهرا فسقط أصلا فصار كما اذا أسقط القصاص بشرط أن يصير مالا فانه يسقط مجانا قال رحمه الله (ولو خطأ رفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية) لان التزوج على اليد وما يحدث منها أو على الجناية تزوج على موجبها وموجبها الدية هنا وهى تصلح مهرا فصحت التسمية الا أنه يقدر مهر مثلها باعتبار من جميع المال لانه ليس فيه محاباة والمريض لا يحجر عليه فى التزويج لانه من الحوائج الاصلية فينفذ قدر مهر المثل من جميع المال وما زاد على ذلك من الثلث لانه تبرع والدية تجب على عاقلتها وقد صارت مهرا فتسقط كلها عنهم ان كان مهر مثلها مثل الدية أو أكثر ولا يرجع عليهم بشىء لانهم كانوا يتحملون عنها بسبب جنايتها فاذا صار ذلك ملكا لها سقط عنهم فلا يغرمون لها وان كان مهر مثلها أقل من الدية سقط عنهم قدر مهر مثلها لما ذكرنا وما زاد على ذلك ينظر فان خرج من الثلث سقط عنهم أيضا لانه وصية لهم فيصح لانهم أجانب وان كان لا يخرج من الثلث سقط عنهم قدر الثلث وأدوا الزيادة الى الولى لان الوصية لا تنفذ لها الا من الثلث ثم قيل لا يسقط قدر نصيب القاتل لان الوصية للقاتل لا تصح والأصح أنه يسقط كله لانه أوصى لمن يتحوله الوصية ولمن لا يتحوله الوصية فيكون الكل لمن يتحوله الوصية كمن أوصى لمن وميت فان الوصية كلها تكون للحى ولانه لو لم يسقط نصيبه لكان ذلك اقدارهو الواجب بالقتل فتتحمله العاقلة عنه فيقسم عليهم فما أصاب العاقلة يسقط لما ذكرنا وما أصاب القاتل يكون هو الواجب بالقتل فيقسم أيضا فيلزم مثل ذلك من نصيبه منه أيضا ثم هكذا وهكذا الى أن لا يبقى منه شىء فاو أبطلنا الوصية فى حصته ابتداء لزمنا تصحيحها انتهاء فصححناها ابتداء قصرا للمسافة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد أصالان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فصار الجواب فى الفصلين واحدا عندهما قال رحمه الله (ولو قطع يده فاقتص له فمات الاول قتل به) أى لو أن رجلا قطع يد رجل فاقتص له فمات المقطوع الاول قتل المقطوع الثانى به وهو القاطع الاول قصاصا لانه تبين أن الجناية كانت قتلا عمدا وحق المقتص له فى القصاص فى النفس واستيفاء القطع لا يوجب سقوط حقه فى القتل لان من له القصاص فى النفس اذا قطع طرف من عليه القصاص ثم قتله لا يجب عليه شىء الا أنه مسىء ألا ترى أنه اذا أحرقه بالنار لا يجب عليه شىء لما ذكرنا بقى له فيه القصاص فوارثه يقوم مقامه وعن أبى يوسف رحمه الله أنه يسقط حقه فى القصاص لان اقدامه على القطع دليل على أنه أبرأ عن غيره فلما أقدم عليه على ظن أنه حقه لا حق له غيره وبعد السراية تبين ان حقه فى القود فلم يكن مبرئا عنه بدون عفو ولو مات المقتص منه وهو المقطوع قصاصا من القطع فديته على عاقلة المقتص له عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى رحمهم الله لا شىء عليه لانه استوفى حقه وهو القطع فيسقط حكم السراية اذ الاحتراز عن السراية خارج عن وسعه فلا يتقيد بشرط السلامة كما لا يتقيد باب القصاص فصار كالامام اذا قطع يد السارق فسرى الى النفس فمات وكالبزاغ والفصاد والحجام والختان وكما لو قال لغيره اقطع يدى فقطعها ومات وهذا لان السراية تبع لابتداء الجناية فلا تتصور أن يكون ابتداء الفعل غير مضمون وسرايته مضمونة ولابى حنيفة رحمه الله ان حقه فى القطع والموجود قتل حتى لو قطع طلما

(قوله وان قطع) أي ولي المقتول اه (قوله والقطع السارى) أخص من المتجبر) فالايمكن السارى لايضمن المتجبر اه (قوله وانما لم يضمن في الحال) جواب سؤال تقديره أن يقال المسقط القصاص وجب المال فينبغي أن يثبت في الحال ولا يتوقف على البرء كما في الجنايات اه (قوله فهو على الخلاف في الصحيح) لانه بعد البرء تبين أن القطع لغير حق اه

﴿باب الشهادة في القتل﴾

لما كانت الشهادة بالقتل متعلقة بالقتل أو بردها عقيب حكم القتل لانه لما تعلق به مسار كالتابع له اه (قوله ولو كان القتل خطأ الخ) قال في الخانية ولو كانت دعوى في القتل الخطأ بالدية والمسئلة بحالها يقضي بالدية على عاقلة القاتل واذا حضر الغائب لا يكلف اعادة بينته بالاجماع اه (قوله والقصاص موروث) أي يثبت ملك القود للوارث ثم لوارثه اه ﴿فرع﴾ قال في فتاوى قاضيخان للاب استيفاء القصاص لابنه الصغير في النفس وفيما دون النفس وله أن يصالح عنهما وليس للوصي أن يستوفي القصاص في النفس وله أن يستوفي القصاص فيما دون النفس وله أن يصالح فيما دون النفس واختلفت الروايات في الصلح عن النفس ذكر في الجامع الصغير أن له ذلك وذكر في الصلح أنه ليس له ذلك وأما القاضي ذكر في بعض الروايات عن محمد أن القاضي لا يستوفي القصاص للصغير لا في النفس ولا فيما

كان قتلا فلم يكن مستوفيا حقه فيضمن وكان القياس أن يجب القصاص الا أنه سقط للشبهة فوجبت الدية بخلاف ما ذكروا من المسائل لان ثمة اقامة الحق واجب على الامام وكذا الفعل واجب على غيره من البزاغ والفصاد والحجام والختان بالعقد واقامة الواجب لا تتقيد بشرط السلامة وفي مسئلتنا الولي مخير بل العفو مندوب اليه فيكون من باب الاطلاق كالمرور على الطريق وكضرب الزوجة فيتقيد بشرط السلامة قال رحمه الله (وان قطع يد القاتل وعفا ضمن القاطع دية اليد) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لاشئ عليه لانه قطع يد امن نفس أو تلفها لا يضمن كما لو قطع يد حربي ثم أسلم تهمري وهذا لانه استحق الثلاثة بجميع أجزائه اذا الاجزاء تبع للنفس فبطل حقه بالعفو فيما بقي لا فيما استوفى ولهذا لو لم يعف لا يجب عليه ضمان اليد وكذا اذا عفا عن سري لا يضمن شيأ والقطع السارى أخص من المقتصر أو قطع وما عفا وما سرى ثم مزق بقيته قبل البرء أو بعده فصار كما لو كان له قصاص في اليد فقطع أصابعه ثم عفا عن اليد فانه لا يضمن ارش الاصابع والاصابع من الكف كالاطراف من النفس ولابي حنيفة رحمه الله انه استوفى غير حقه فيضمن وهذا لان حقه في القتل لا في القطع وكان القياس أن يجب القصاص الا أنه سقط للشبهة اذ كان له أن تلف الطرف تبعا للنفس واذا سقط القود وجبت الدية وانما لم يضمن في الحال لاحتمال أن يصير قتلا بالسراية فيظهر أنه استوفى حقه وحقه في الطرف ثبت ضرورة ثبوت حق القتل وهذه الضرورة عند الاستيفاء لا قبله فاذا وجدا لاستيفاء ظهر حقه في الطرف تبعا واذا لم يستوف لم يظهر حقه في الطرف لا أصلا ولا تبعا فتبين انه استوفى غير حقه وأما اذا لم يعف فانما لم يضمن لمانع وهو قيام الحق في النفس لاستحالة أن يملك قتله وتكون أطرافه مضمونة عليه فاذا زال المانع بالعفو ظهر حكم السبب واذا سرى فهو استيفاء للقتل فتبين أن العفو كان بعد الاستيفاء ولو قطع وما عفا برأ نهر عن الخلاف في الصحيح ولو قطع ثم مزق بقيته قبل البرء فهو استيفاء لان القطع انعقد على وجه يحتمل السراية فكان مزق بقيته فيما لم انعقده القطع فلا يضمن حتى لو مزق بقيته بعد البرء فهو على الخلاف في الصحيح على أنا لا نسلم ظهور حقه عند الاستيفاء في التوابع وانما دخلت في النفس لعدم امكان التحرز عن اتلافها والاصابع تابعة فيما والكف تابع لها عرضا لان منفعة البطش تقوم بالاصابع بخلاف الطرف فانه تابع للنفس من كل وجه

﴿باب الشهادة في القتل﴾

قال رحمه الله (ولا يقيد حاضر بحجته ه اذا أخوه غاب عن خصومته فان يقد لا بتمن اعادته ليقتلا ولو خطأ أو دية) أي اذا قتل شخص وله وليان حاضر وغائب فأقام الحاضر البينة على القتل لا يقتل القاتل قصاصا فان عاد الغائب فليس لهما أن يقتلاه بتلك البينة بل لا بقلهما من اعادة تلك البينة ليقتلاه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يعيد ولو كان القتل خطأ أو دية لا بد منها بالاجماع وأجمعوا على أن القاتل يحبس اذا أقام الحاضر البينة لانه صار مقرا بالقتل والمقر يحبس وأجمعوا على انه لا يقضي بالقصاص ما لم يحضر الغائب لان المقصود من القصاص الاستيفاء والحاضر لا يمكن من الاستيفاء بالاجماع بخلاف ما اذا كان خطأ أو دية لانه يمكن من الاستيفاء لهما في الحال فبقيت أن البينة متى أقامها مع انها لخصومة تكون مضبوطة ملزمة فلم يجب اعادتها بعد ذلك ولأحد الورثة منهم عن خصمائهم عن نفسه وعن شركائه فيما يدعى ليت وعلى الميت كما في دعوى الخطأ ودعوى المال والقصاص موروث

(١٦ - زيلعي سادس) دون النفس ولا أن يصالح وذكر في الصلح اذا قتل رجلا لولي له عمدا للامام أن يقتله أو يصالحه وليس له أن يعفو ويستحق القصاص من يستحق ميراثه على فرائض الله تعالى فيدخل فيه الزوج والزوجة وكذا الدية اه وقال الولوالجي ولان استيفاء القصاص لمن يستحق القصاص والمستحق للقصاص من يستحق مال القتيل على فرائض الله يدخل فيه الزوج والزوجة وكذا الدية اه

(قوله ونصح عفوه قبل الموت) قال ناصيفان في الوصايا جريح أوصى عند موته أن يعفى عن قاتله والقتل عمد كان باطلا في قياس قول أبي حنيفة اه (قوله ولابي حنيفة أن القصاص غير موروث الخ) قال الاتقاني ولابي حنيفة ان القصاص حق الميت من وجه وحق الورثة ابتداء من وجه وذلك لانه شرع للشفى ودرك الثار وهذا حق الورثة ابتداء من هذا الوجه لان الميت لا ينتفع به ومن حيث انه بدل النفس حق الميت ولهذا اذا انقلب مالا انقضى (١٣٢) منه دون نفسه فاوصاء واذا كان القصاص حقا للورثة من وجه لم يجز أن ينتصب أحد

عن الميت حتى تجرى فيه سهام الورثة ولو نصح عفوه قبل الموت وتقضى دونه منه اذا انقلب مالا وكذا تنفذ وصاياه منه كما في الهداية فاذا انتصب عادة البينة في أحد بدلي الدم وهو الدية فكذا في البدل الآخر وهو القصاص ولابي حنيفة رحمه الله أن القصاص غير موروث لانه ثبت بعد الموت للشفى ودرك الثار والميت ليس من أهله وانما ثبت للورثة ابتداء بطريق الخلافة بسبب انعقد للميت أي يقومون مقامه فيستحقونه ابتداء من غير أن يثبت للميت كالعبد يجنى الهبة يقع الملك فيها للولي ابتداء بطريق الخلافة عنه وانما كان كذلك لان القصاص ملك الفعل في المحل بعد موت المجروح ولا تصور الفعل من الميت ولهذا لو عفا صح عفو الورثة قبل موت المجروح وان صح عفوا المجروح لان السبب انعقد له وفي قوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا نص على أن القصاص يثبت للوارث ابتداء بخلاف الدية والدين لان الميت أهل لملك المال ولهذا لو نصب شبكة فتعقل بها صيد بعد موته يملكه وأصل الاختلاف راجع الى أن استيفاء القصاص حق الورثة عنده وحق الميت عندهما فاذا كان القصاص يثبت حقا للورثة عنده ابتداء لا ينتصب أحدهم خصما عن الآخرين في اثبات حقهم بغير وكالة منه فبالحاضر البينة لاثبات القصاص في حق الغائب فيعدها بعد حضوره ليتمكن من الاستيفاء ولا يلزمه أن القصاص اذا انقلب مالا يصير حقا للميت لانه اذا انقلب مالا صار حالها لقضاء حوائجه فصار مفيدا بخلاف القصاص ولا يصح الاستدلال بصحة عفو المورث لانه انما يصح في جواب الاستحسان لوجود سببه على ما بينا وهو معارض بحقوق الوارث فانه يجوز أن يضاف موت المورث بعد الجرح استحسانا لوجود السبب فلولا أن الحق يثبت له ابتداء لما صح عفوه قال رحمه الله (فان أثبت القاتل عفو الغائب لم يقبل) معناه أن القاتل اذا أقام بينة أن الغائب قد عفا كان الحاضر خصما وسقط القصاص لانه أذى حقا على الحاضر وهو سقوط حقه في القصاص وانقلاب نصيبه مالا ولا يمكن من اثباته الا بالبينة العفو من الغائب فانتصب الحاضر خصما عن الغائب في الاثبات عليه بالبينة فاذا قضى عليه صار الغائب مقضيا عليه بتعالله قال رحمه الله (وكذا لو قتل عبدهما وأحدهما غائب) أي لو كان عبدين رجلين فقتل عمدا وأحد المولين غائب فحكمه مثل ما ذكرنا في الولين حتى لا يقتل بينة اقامها الحاضر من غير اعادة بعد حضور الغائب ولو أقام القاتل البينة أن الغائب قد عفا فالشاهد خصم ويسقط القصاص لما بينا خلافا لما حكاه أن هذه المسئلة مثل الاولى في جميع ما ذكرنا الا أنه اذا كان القتل عمدا وأخطأ لا يكون الحاضر خصما عن الغائب بالاجماع والفرق لهما في الكل ولابي حنيفة رحمه الله في الخطأ أن أحد الورثة خصم عن الباقين على ما بينا ولا كذلك أحد المولين على ما عرف في موضعه قال رحمه الله (وان شهد وليان بعفو أحدهما لغت) أي اذا كان أولياء المقتول ثلاثة فشهد اثنان منهم على الثالث انه عفا شهادتهما باطلة لانهما يجران الى أنفسهما نفعا وهو انقلاب الفود مالا وهو عفو منهما لانهما زعما أن القصاص قد سقط وزعمهما معتبر في حق أنفسهما قال رحمه الله (فان صدقهما القاتل فالدية لهم أثلاثا) أي صدقهما القاتل دون الولي المشهود عليه لانه بتصديقه اياهما أقر لهم بما يتلقى الدية فيلزمه لكن يزعمون كلهم أن نصيب الولي

الورثة خصما عن الوارث الآخر لانه أثبت حق نفسه لاحق غيره فلا بد من اعادة البينة للغائب لان أحد الورثة ينتصب خصما عن الميت لا عن ولي آخر لهما ثبت أن القصاص حق الميت من وجه وحق الورثة من وجه ثبت القتل من وجه أيضا والثبوت من وجه أورث الشبهة والمتهم يحبس بخلاف الدية فانه حق الميت من كل وجه لانه ينتفع بها فجاز أن ينتصب أحد الورثة خصما عن الميت فلم يحتج الى اعادة البينة اه (قوله فالشاهد خصم) هكذا هو في النسخ والمراد به الحاضر والله الموفق اه وكتب ما نصه وكذا عبره في الهداية اه فكذا هو بخط الشارح اه (فرع) اعلم أنه اذا كان أولياء المقتول ثلاثة فشهد اثنان منهم على الثالث بالعفو فلا يخلو اما ان يكون من غير اعادة بعد حضور الغائب أو بعد اعادة عليها الاول أن يصدقهما القاتل والمشهود عليه الثاني أن يكذبهما القاتل والمشهود عليه الثالث أن يصدقهما القاتل دون المشهود عليه الرابع عكسه وهو أن يكذبهما القاتل دون المشهود عليه فالثاني والثالث حكمهما معلوم المشهود من المتن والرابع ذكر حكمه الشارح والاول الحكم فيه ظاهر وهو أنه ينقلب نصيب الشاهدين مالا ويبطل حق المشهود عليه اه وهذا التقسيم مما ظهر لي حال المطالعة ثم رأيت الاتقاني رحمه الله ذكره ولله الحمد على الموافقة اه (فرع آخر) قال الحاكم الشهيد ولو شهد أحدهما أنه قتله بسيف وقال الآخر انه طعنه برمح أو شهد أنه ضربه بسيف وشهد الآخر برماء بسهم أو اختلفا في مكان القتل أو وقته أو موضع الجراحة من بدنه فالشهادة باطلة اه

المشهود عليه قد سقط بعفوه وهو ينكره لا يقبل قولهم عليه ويحول نصيبه أيضا ما لا فوجب عليه كل الدية قال رحمه الله (وان كذبهما فلا شئ لهما ولا لآخر ثلث الدية) أي ان كذبهما القاتل أيضا بعد أن كذبهما الولي المشهود عليه بالعفو فلا شئ لهما ولا لغيرهما لان الشاهدين لما تبين شهادتهما على العفو أقر بابطلان حقهما في القصاص فصار اقرارهما في حق أنفسهما وادعاء انقلابه مالا فلا يصدق دعواهما لا بينة وللولي المشهود عليه ثلث الدية لان دعواهما العفو عليه وهو ينكر عفوه ابتداء العفو منهما في حق المشهود عليه فينقلب نصيبه مالا لان سقوط القصاص مضاف اليهما وان صدقهما الولي المشهود عليه وحده دون القاتل ضمن القاتل ثلث الدية للولي المشهود عليه لانه أقر له بذلك فان قيل كيف يكون له الثلث وهو قد أقر أنه لا يستحق على القاتل شيأ بدعواه العفو قلنا ان تقاقر اقراره بتكذيب القاتل اياه فوجب له ثلث الدية عليه وفي الجامع الصغير كان هذا الثلث للشاهدين لا للمشهود عليه وهو الاصح لان المشهود عليه زعم أنه قد عفا فلا شئ له وللشاهدين على القاتل ثلثا الدية دينا في ذمته والذي في يده وهو ثلث الدية مال القاتل وهو من جنس حقهما فيصرف اليهما لاقراره لهما بذلك كمن قال لفلان عندي ألف درهم فقال المقر له ليس لي ذلك وانما هو لفلان فيصرف اليه فكذا هذا وهذا كله استحسان والقياس أن لا يلزم القاتل شئ لان ما ادعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت لانكاره وما أقر به القاتل للمشهود عليه قد بطل باقراره بالعفو لكونه تكذيبا له وجواب أن القاتل بتكذيبه الشاهدين قد أقر للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه أن القصاص قد سقط بشهادتهما كما اذا عفيا والمقر لما كذب القاتل حقيقة بل أضاف الوجوب الى غيره بجعل الواجب للشاهدين وفي مثله لا يرتد الاقرار كمن قال لفلان على كذا فقال المقر له ليس لي ولكنه لفلان على ما مر نا قال رحمه الله (وان شهدا أنه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات يقتص) لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة وفي ذلك القصاص على ما عرف والشهادة على قتل العمد تتحقق على هذا الوجه لانه اذا كان مخطئا لا يصل لهم أن يطلقوا به بل يقولون قصد غيره فأصابه لان الموت بسبب الضرب انما يعرف اذا صار الضرب صاحب فراش ودام على ذلك حتى مات ونا وليه اذا شهدوا أنه ضربه بشئ جارح قال رحمه الله (وان اختلف شاهدا القتل في الزمان أو المكان أو فيما وقع به القتل أو قال أحدهما قتله بعصا وقال الآخر أدرى بما قتله بطلت) لان القتل لا تكرر فالقتل في زمان أو في مكان غير القتل في مكان آخر أو زمان آخر وكذا القتل بآلة غير القتل بآلة أخرى وتختلف الاحكام باختلاف الآلة فكان على كل قتل شهادة فرد قلم يقبل ولان اتفاق الشاهدين شرط للقبول فلم يوجد ولان القاضي تيقن بكذب أحدهما لاستحالة اجتماع ما ذكر فلا يقتل بمثله وكذا لو كمل النصاب في كل واحد منهما للتيقن القاضي بكذب أحد الفريقين وعدم الاولوية بالقبول بخلاف ما اذا كمل أحد الفريقين دون الآخر حيث يقبل الكامل منهما لعدم المعارض وأما اذا بين أحدهما الآلة وقال الآخر لا أدري بما قتله فلأن المطلق يغاير المقيد لانه معدوم والمقيد موجود فاختلفا وكذا أيضا حكمهما مختلف فان من قال قتله بعصا يوجب الدية على العاقلة ومن قال لا أعلم على القاتل فاختلف المشهود به فبطلت وهو المراد بقوله أو قال أحدهما قتله بعصا وقال الآخر لم أدر بما قتله وكذا لو شهد أحدهما بالقتل معاينة والآخر على اقرار القاتل بذلك كان باطلا لاختلاف المشهود به فان أحدهما فعل والآخر قول قال رحمه الله (وان شهدا أنه قتله وقالا لا ندري بأي شئ قتله وجب فيه الدية) في ماله استحسانا والقياس أن لا تقبل هذه الشهادة أصلا لانهما شهدا بقتل مجهول لان الآلة اذا جهلت فقد جهل القتل لان القتل يختلف حكمه باختلاف الآلة فكونه هذا غفلة من الشهود ووجه الاستحسان أنهما شهدا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل لامكان العمل به فيجب أقل ما وجبه وهو الدية ولا يحمل قولهما لا ندري على الغفلة بل يحمل على أنهما سعيا في الدرء المندوب اليه في العقوبات احتياطا لظن مهما ومثل ذلك سائغ شرعا لان الشرع أطلق الكذب في اصلاح ذات البين على ما قال عليه الصلاة والسلام

(قوله والآخر قول) الذي في نسخة العلامة قارئ الهداية ونسخة الزاهدي المقابلة على نسخة الشارح بعد قوله والآخر قول وان شهدا أنه قتله الخ وليس فيهما قال رحمه الله اه

﴿باب في اعتبار حالة القتل﴾

(قوله في المتن فتجب الدية الخ) صورتها في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل رمى رجلا والمرمي مسلم ثم ارتد قبل أن يقع به السهم ثم وقع به السهم وهو مرتد فمات قال الدية على الرامي لورثة المرتد وقال أبو يوسف ومحمد لا شيء على الرامي وان رمى وهو مرتد فوقع به السهم بعد ما أسلم لم يكن على الرامي شيء في قولهم جميعا الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير وهذه من انفرادات أبي يوسف ومحمد من الخواص اه اتقاني (قوله فصار كما اذا أبرأه في هذه الحالة) قال الاتقاني ولو أبرأه عن الجناية أو عن حقه ثم أصاب السهم لا شيء عليه اه (قوله بخرج الصيد ومات حل أكله) وبعتبر فيه انه لا من وقت الرمي ولو كان مجوسيا فرمى الى صيد ثم أسلم قبل الاصابة ثم أصابه وجرحه لا يحل أكله لان المعتبر وقت الرمي ووقت الرمي كان مجوسيا وكذلك ارسال الكلب على هذا التفصيل اه اتقاني (قوله وكذا لو) أي كانت الجناية خطأ واه (قوله في المتن لا بأسلامه) وذلك لان المعتبر عند أبي حنيفة حالة الرمي ووقت الرمي لم يكن المرمي متقوم الدم فصار كما اذا أبرأ حربيا فكان تلفه هدرا وأما عند هما فلان فعله وقت الرمي وقع هدرا باعتبار انقاطه فلا ينقلب معتبرا ولان قتل الحربي والمرتد أمره به فلو اعتبرنا حالة الاصابة لامتنع الناس من قتلهم فسقط اعتبار وقت الاصابة في حقهم لكن الضرورة بخلاف ما اذا كان مسلما وقت الرمي لانه لا ضرورة فتنه اه اتقاني

﴿باب في اعتبار حالة القتل﴾

ليس بكذاب من أصله بين اثنين فذا خبرا وانما خبرا فهذا مثله أو أحق منه فيعمل عليه فلا يثبت جهلهما أو اختلافهما بالشك وانما وجبت الدية في ماله دون العاقلة لان المطلق يحمل على الكامل فلا يثبت الخطأ بالشك قال رحمه الله (وان أقر كل واحد منهما أنه قتله وقال الولي قتلتما جميعا قتلهما ولو كان مكان الاقرار شهادة لغت) أي اذا أقر رجلان كل واحد منهما أنه قتل فلانا فقال الولي قتلتما جميعا فله أن يقتلهما وان شهد اثنان على رجل أنه قتل فلانا وشهد آخران على آخر أنه قتله وقال الولي قتلتما جميعا بطلت الشهادة وليس له أن يقتل واحدا منهما وهو المراد بقوله ولو كان مكان الاقرار شهادة تلغت والفرق بينهما أن كل واحد من الاقرار والشهادة ينفي أن كل القتل وجد من المقر والمشهود عليه ومقتضاه أن يجب القصاص عليه وحده لان معنى قوله أقتلتما انفردت بقتله وكذا قول الشهود قتله فلان يوجب انفراده بالقتل وقول الولي قتلتما جميعا تكذيب لبعضه حيث ادعى اشتراكهما في القتل فكأنه قال لم ينفرد بقتله بل شاركه آخر وهذا القدر من التكذيب يمنع قبول الشهادة لا دعائه فسقهم به دون الاقرار لان فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار ولو قال في الاقرار صدقتما ليس له أن يقتل واحدا منهما لان تصديقه كل واحد منهما تكذيب للآخر لان كل واحد منهما يدعي الانفراد بالقتل فتصديقه يوجب ذلك فصار كأنه قال لكل واحد منهما قتلته وحدك ولم يشاركك فيه أحد كما لو قال فيكون مقرا بأن الآخر لم يقتله بخلاف الاول وهو ما اذا قال قتلتما لانه دعوى القتل من غير تصديق لهما فقتلهما بالاقرار هما ولو أقر رجل بأنه قتله وأقام البينة على آخر أنه قتله وقال الولي قتله كلاهما كان له أن يقتل المقر دون المشهود عليه لان فيه تكذيبا للبعض موجبه على ما مر وعلى هذا لو قال لاحد المقرين صدقت أنت قتلته وحدك كان له أن يقتله لانهما تصادقا على وجوب القتل عليه وحده وكذا اذا قال لاحد المشهود عليهما أنت قتلته كان له أن يقتله لعدم تكذيب شهوده عليه وانما كذب الآخرين وكذلك الحكم في الخطأ في جميع ما ذكرنا والله أعلم

﴿باب في اعتبار حالة القتل﴾

قال رحمه الله (المعتبر حالة الرمي) لان الرمي فعل الرامي ولا فعل له بعده فوجب اعتبار حاله في حق الحل والضمان عند ذلك قال رحمه الله (فتجب الدية برمية المرمي اليه قبل الوصول) أي اذا رمى رجل رجلا مسلما فارتد المرمي اليه والعياذ بالله قبل وصول السهم اليه ثم وقع السهم به يجب على الرامي الدية وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا شيء عليه لان التلف حصل في محل لا عصمة له وانلاف غير المعصوم هدر وهذا لانه بارتداده أسقط تقوم نفسه فيكون مبرئا للرامي عن موجبه فصار كما اذا أبرأه في هذه الحالة وهذا لان اخراج نفسه عن التقوم كالابراء الا ترى أن المغصوب منه اذا أعتق العبد المغصوب برئ الغاصب من الضمان ولابي حنيفة رحمه الله أن الضمان يجب بفعله وهو الرمي اذ هو الذي يدخل تحت قدرته دون الاصابة ولا فعل له أصلا بعده فيصير قاتلا بالرمي والمرمي اليه متقوم في تلك الحالة الا ترى أنه لو رمى الى صيد وهو مسلم ثم ارتد والعياذ بالله فأصاب السهم الصيد وهو مرتد فجرح الصيد ومات حل أكله وكذا لو كفر بعد الرمي قبل الاصابة جاز تكفيره فكان العبرة بحالة الرمي وكان القياس أن يجب القصاص لما ذكرنا ولكن فيه شبهة لسقوط العصمة في حالة التلف فتجب الدية قال رحمه الله (لا باسلامه) أي لا يجب شيء باسلام المرمي اليه بان رمى الى حربي أو مرتد فأسلم

(قوله وقال محمد الخ) قال وفي نفسه قول محمد انه تظهر ركم يشتري لو لم يكن ذلك الرمي ويدفع الثمن ويسترد [illegible] اه اتقاني (قوله الآتي أن من قطع يد عبد الخ) قال الاتقاني وجه قول محمد أن وجوب السهم بالسبب يتأخر [illegible] ذلك بالجرح الواقع به ولو جرحه ثم أعتقه مولاه ثم تقطع السراية فلا يضمن الدية بقولا القيمة وانما يضمن النقصان فكذلك هذا دليل على أن لعتق يبطل سراية الجناية ما قال الصدر الشهيد في شرحه انه من قطع يد عبد انسان خطأ ثم أعتقه مولاه ثم مات فإنه يجب عليه قيمة النفس انما يجب عليه أرش البدع النقصان الذي نقصه القطع الى أن عتق دل ان العتق يبطل سراية الجناية ولابي حنيفة وأبي يوسف ان الرمي جعل قاتلا بفعله الذي هو الرمي وصار كأنه أصابه السهم في ذلك الوقت (١٢٥) وحين إذ كان المرمي اليه عبدا فجب قيمته وقت الرمي لمولى الآخر ان رجلا لو كان تولى الرجل ما لموالاة ثم رجلا ثم تحول ولاؤه الى غيره فالضمان على مولاه الاول ولا يجب على الآخر شئ فكذلك ههنا وكذلك سلم الرمي سهما الى صيد ثم ارتد والصيد باقه ثم وقع السهم به فقتله حل الصيد فكذا ههنا وليس الرمي كالجرح الذي قاسه عليه محمد فلو جود الفارق بينهما لان الجرح يحصل به تلف بعض المحل وحين إذ كان المحل للمولى فيجب الضمان للمولى أيضا ثم بعد سراية الجرح الى النفس لو وجب الضمان لوجب للعبد لانه معتق حينئذ وذلك متعذر لكون الانتهاء مخالفا للابتداء ولانه يقتل منزلة تبدل المحل حقيقة وعند تبدل المحل لا تتحقق السراية وأما الرمي قبل اتصال السهم بالمحل فلم يحصل به

فأسلم قبل الاصابة ثم أصابه بعد ما أسلم وهذا بالاجماع لان الرمي لم ينعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا بعد ما وجد منقوما بعد ذلك وهذا كله بشهد لابي حنيفة رضي الله تعالى عنه قال رحمه الله (والقيمة يعتقه) أي يجب القيمة يعتقه معناه أن رجلا لو رمى الى عبد فأعتقه المولى بعد الرمي قبل الاصابة ثم أصابه فمات منه لزمته القيمة وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقال محمد رحمه الله عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي لان العتق قاطع السراية واذا انقطعت بقي مجرد الرمي وهو جناية يتقص بها القيمة للرمي اليه بالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب عليه ذلك حتى لو كانت قيمته ألف درهم قبل الرمي وثمانمائة بعد ه لزمه ما ئتان لان العتق قاطع السراية الآتي أن من قطع يد عبد ثم أعتقه مولاه ثم مات منه لا يجب عليه الا أرش البدع النقصان الذي نقصه القطع الى العتق وهو بنفس الرمي صار مباشرا علة له يوجب النقصان كالقطع ولابي حنيفة رحمه الله أن الرامي بسببه قاتلا له من وقت الرمي وهو مولى لمن تلك الحالة فتجب قيمته لما مر من أن المعتبر حالة الرمي فلم يختلف المستحق في تلك الحالة بخلاف القطع والجرح لان كل واحد منهما اتلاف لبعض المحل والاتلاف يوجب الضمان للمولى لانه ورد على محل مملوك له ثم اذا سرى لا يوجب شيأ لانه لو أوجب شيأ وجب للعبد لانقطاع حق المولى عنه وظهوره حقه فيه فتصير النهاية مخالفة للبداية فصار ذلك كتبدل المحل وعند تبدل المحل لا تتبدل السراية فكذا هنا أما الرمي فقبل الاصابة ليس باتلاف شئ منه لانه لا أثر له في المحل وانما تلف فيه الرغبات فلا يجب به الضمان قبل الاتصال بالمحل ولكن انعقد الرمي علة تامة لايجاب الضمان عند الاتصال بالمحل وعند اتصاله بالمحل يستند الوجوب الى وقت الانعقاد فلا تخالف النهاية البداية فتجب قيمته للمولى وقال زفر رحمه الله عليه الدية لان الرمي انما صار علة عند الاصابة اذ الاتلاف لا يصير علة من غير تلف يتصل به ووقت التلف متلف حر فتجب ديته وأبو يوسف رحمه الله مع أبي حنيفة فيه والفرقة بين هذا وبين ما تقدم من مسئلة الارتداد أنه اعترض على الرمي ما يبطل عصمة المحل فيما تقدم فجعل ذلك بمنزلة الاراءة أما هنا اعترض على الرمي ما يؤكد عصمة المحل وهو الاعتاق فلا يبطل به الجناية قال رحمه الله (ولا يضمن الرامي برجوع شاهد الرجم بعد الرمي) معناه اذا قضى القاضي برجم رجل فرماه رجل ثم رجع أحد الشهود بعد الرمي قبل الاصابة ثم وقع عليه الحجر فلا شئ على الرامي لما أن المعتبر حالة الرمي وهو مباح الدم فيها قال رحمه الله (وحل الصيد برقة الرامي لا باسلامه) معناه اذا رمى مسلم صيدا فارتد قبل وقوع السهم به الصيد حل أكله ولو رماه وهو مجوسي فأسلم قبل الوقوع لا يحل لان المعتبر حالة الرمي في حق المحل والحرمة الغليظة الرمي هو الذي كملاله فعلها ويد خل تحت قدرته لا الاصابة فتعتبر الاهلية وعدمها عنده

اتلاف أصلا فلم يجب بين وجوده ضمان فلم يلزم مخالفة الانتهاء الابتداء لانما انقلب الرمي علة الاتلاف عند الاتصال بالمحل بطريق استناد الحكم الى وقت الرمي فكأنه وجد عند ذلك الوقت فلم تلزم المخالفة فلم يكن العتق قاطعا لسراية الرمي لعدم المخالفة اه (قوله الى العتق) مثلا لو كانت قيمته عند القطع مائة وعند العتق سبعين يلزمه ثلاثون وهو أرش البد اه (قوله فلا يبطل به الجناية) لانه لا تلازم الدية لان الرمي وقع موجبا ضمان القيمة واعتبار وقت الاصابة يوجب الدية فلا تلازم الزيادة بالشك وقد ذكر الفقيه أبو الليث قول أبي يوسف مع محمد في الجامع الصغير في مسئلة الاعتاق بعد الرمي وذكر خواهر الاسلام في شرحه قوله مع أبي حنيفة اه اتقاني (قوله وهو مباح الدم فيها) ولكن يجب الضمان على الراجع ان رجعوا جميعا فعليهم الدية وان رجع واحد فعليه ربع الدية اه اتقاني

كرمسائل كتاب الديات بعد كتاب الجنايات (١٢٦) لان الدية أحد موجبي الجناية في الآدمي ولكن لما كان القصاص أعلاهما

أقواهما قدمه لان معنى الحياة والصيانة فيه أكثر ان وجوب الدية فيما كان من عوارض كالخطأ وما في معناه والاصل عدم العارض فقدم القصاص على الدية ولهذا وهنا وضع الفدوري في مختصره والشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره قدم كتاب الديات على كتاب الجنايات والطحاوي قدم القصاص على الديات حيث ترجم الكتاب بقوله كتاب القصاص والديات ومحمد رحمه الله ذكر أحكام الجنايات في كتاب الديات ولم يسم كتاب الجنايات لان عامة أحكامها الديات وذلك لان القصاص لا يجب الا بالعمد المحض والدية تجب في شبه العمد وفي الخطأ وفي العمد أيضا عند تعذر الشبهة اه غاية (قوله وعشرون بنت مخاض) بفتح مخاض بالنصب على التمييز لان ميز أحد عشر الى تسعة وتسعين يجيء منصوبا وقد عمل في النصب اه غاية (قوله من ثنية الى بازل عامها) الثني من الابل ما استكمل السنة الخامسة ودخل في السادسة والبازل من الابل ما دخل في السنة التاسعة والذكر والانثى فيه سواء اه من خط الشارح (قوله كلهن خلفة) الخلفة الحامل من النوق اه خواهرزاده (قوله ولا يعارضونا بمثله) أي لا يقال لو صح حديثكم أيضا رجعوا اليه ولما اختلفوا اه (قوله ولذلك قال لا يجب اللعان) انما يتمشى على قول أبي حنيفة اه (قوله لان الشرع وردبه) فيه دون غيره اه

قال رحمه الله (ووجب الجزاء بقتله لا باحرامه) أي لو رمى المحرم صيدا فحل قبل الاصابة ثم أصابه وجب عليه الجزاء لو ان رماه وهو حلال فأحرم قبل الاصابة فوقع على الصيد وهو محرم لا يجب عليه الجزاء لان الجزاء يجب بالتعدي وهو الرمي في حالة الاحرام ووجد ذلك في الاول دون الثاني والاصل في مسائل هذا الباب أن المعتبر وقت الرمي بالاتفاق وانما عدل أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى عن ذلك فيما اذا رمى الى مسلم فارتد والعياذ بالله تعالى قبل الاصابة باعتبار انه صار مرتدا له على ما بينا في أول هذا الفصل والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ كتاب الديات ﴾

الدية اسم للمال الذي هو بدل النفس وهو مصدر يقال ودى القاتل المقتول اذا أعطى وليه ذلك سمي ذلك المال بالدية تسمية للمفعول بالمصدر قال رحمه الله (دية شبه العمد مائة من الابل أرباعا من بنت مخاض الى جذعة) أي خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد والشافعي رحمهما الله تعالى ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون ثنية في بطونها أولادها لقوله عليه الصلاة والسلام ألا ان قتيل خطأ العمد بالسوط والعصا فيه دية مغلظة مائة من الابل اربعون منها من ثنية الى بازل عامها كلهن خلفة ولانه لا خلاف أن التغليظ فيه واجب لشبهه بالعمد ومعنى التغليظ يتحقق بايجاب سن لا يجب في الخطأ ولهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في الدية بمائة من الابل أرباعا ومعلوم انه لم يرد به الخطأ لانها تجب أخماسا فعلم أن المراد به شبه العمد ولانه لا خلاف بين الامة أن الدية مقدرة بمائة من الابل قال عليه الصلاة والسلام في نفس المؤمن مائة من الابل فاو أوجبنا المخلفات لزاد الواجب على المائة من وجه لان ما تحمل حيوان من وجه وله عرضية الانفصال فصار ذلك بايجاب الزيادة على تقدير الشرع فلا يجوز ومارواه غير ثابت لان الصحابة رضي الله تعالى عنهم اختلفوا في صفة التغليظ فذهب ابن مسعود رضي الله عنه أرباعا مثل مذهبنا ومذهب علي رضي الله عنه أثلاثا ثلاثون وثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعة وثلاثون خلفة ومذهب عثمان رضي الله عنه تجب أثلاثا ثم كل جنس ثلاثة وثلاثون وثلث ومذهب عمرو بن ثابت والمغيرة وأبي موسى رضي الله تعالى عنهم أثلاثا كذا حكيناهما ولم تجر المحاجة به بينهم ولو كان صحيحا لجرت ولوقع الاتفاق بينهم ولا يعارضونا بمثله لانا نقول اذا تعارضت الاخبار كان الاخذ بالمتيقن به وهو الادنى أولى ولان الدية عوض النفس والحامل لا يجوز أن تضمن في شيء من المعاوضات لوجهين أحدهما ما ذكرنا من الزيادة والثاني أن صفة الحمل لا يمكن الوقوف على حقيقتها ولذلك لا يجب اللعان بنفي الحمل ولان الدية على العاقلة بطريق الصلة منهم للقاتل بمنزلة الصدقات والشرع نهانا عن أخذ الحامل في الصدقات لكونها من كرائم الاموال فكذا في الديات قال رحمه الله (ولا تغلظ الا في الابل) لان الشرع ورد به وعليه الاجماع والمقدرات لا تعرف الا السماع اذ لا مدخل للرأي فيها فلم تغلظ بغيره حتى لو قضى به القاضي لا ينفذ قضاؤه لعدم التوقيف في التقدير بغير الابل قال رحمه الله (والخطأ مائة من الابل أخماسا ابن مخاض وبنت مخاض وبنت لبون وحقة وجذعة) أي دية الخطأ مائة من الابل أخماسا ابن مخاض الخ أي خمسه ابن مخاض وخمسه بنت مخاض وخمسه بنت لبون وخمسه حقه وخمسه جذعة فاذا كان أخماسا يكون من كل نوع من هذه الانواع عشرون لما روى ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم

قال في دية الخطأ عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض ذكر رواه أبو داود والترمذي وأحمد وغيرهم والشافعي أخذ بعضهم بغيرأنه قال يجب عشرون ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليهم ما روينا ولان ما فاتنا أخف لانا هما ابن مخاض مقام ابن لبون فكان آليق بحال المخطئ ولان الشرع جعل ابن اللبون بتزايله بنت المخاض في الزكاة حيث أخذ مكانها فالجواب عشرين منه مع العشرين من بنت المخاض كالجواب أربعين من بنت مخاض وذلك لا يليق بل لا يجوز لعدم التغاير وذلك لانه عليه الصلاة والسلام لم يرد بتغيير أسنان الابل الا التخفيف ولا يتحقق فيه التخفيف فلا يجوز قال رحمه الله (أو ألف دينار أو عشرة آلاف درهم) أي الدية من الذهب ألف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم وقال مالك والشافعي رحمهما الله الدية اثنا عشر ألف درهم لما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رجلا قتل فجعل النبي صلى الله عليه وسلم ديته اثني عشر ألفا رواه أبو داود والترمذي ولانه لا خلاف انها من الدنانير ألف دينار وكانت قيمة الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اثني عشر درهما ولما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم وما قلناه أولى للتيقن به لانه أقل أو يحمل ما رواه على وزن خمسة وما رويناه على وزن ستة وهكذا كانت دراهمهم في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم الى زمان عمر رضي الله عنه على ما حكاه الخبازي في كتاب الزكاة فانه قال كانت الدراهم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثة الواحد منها وزن عشرة أي العشرة منه وزن عشرة دنانير فهو قدر الدينار والثاني وزن ستة أي العشر منه وزن ستة دنانير والثالث وزن خمسة أي العشر منه وزن خمسة دنانير فجمع عمر رضي الله عنه بين الثلاثة فخلطه فجعله ثلاثة دراهم فصار ثلث المجموع درهما فكشف هذا أن الدينار عشرون قيراطا فوزن العشرة يكون مثله عشرين قيراطا ضرورة استواتهما ووزن الستة يكون نصف الدينار وعشره فيكون اثني عشر قيراطا ووزن الخمسة يكون نصف الدينار فيكون عشرة قراريط فيكون المجموع اثنين وأربعين قيراطا فاذا جعلتها الثلاثة أصابكل ثلث أربعة عشر قيراطا وهو الذي كان عليه درهمهم فاذا جعل ما رواه الشافعي على وزن خمسة وما روينا ه على وزن ستة استويا والذي يرجح مذهبنا ما روى أن الواجب في اثني عشر ألف درهم وهو عشر دية الامم عنده سواء كان ذكرا أو أنثى وعندنا عشر دية نفسه ان كان أنثى ونصف العشر ان كان ذكرا فعلم بذلك أن دية الامم خمسة آلاف ودية الرجل نصف ذلك وهو عشرة آلاف ولانا أجمعنا أنهما من الذهب ألف دينار والدينار مقوم في الشرع بعشرة دراهم ألا ترى أن نصاب الفضة في الزكاة مقدر بمائتي درهم ونصاب الذهب فيها بعشرين دينارا فيكون غنيا بهذا القدر من كل واحد منهما اذ الزكاة لا تجب الا على الغني فعلم بذلك علما ضروريا أن الدينار مقوم بعشرة دراهم ثم الخيار في هذه الانواع الثلاثة الى القاتل لانه هو الذي يجب عليه فيكون الخيار اليه كما في كفارة اليمين ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يجب منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الحلل مائتا حلة لكل حلة ثوبان لما روى عن جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم فرض في الدية على أهل الابل مائة من الابل وعلى أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل الشاء ألفي شاة وعلى أهل الحلل مائتي حلة رواه أبو داود وكان عمر رضي الله عنه يقضي بذلك على أهل كل مما ذكرنا وكل حلة ثوبان ازاروردا هو المختار وفي النهاية قبل في زماننا قيس وسراويل وله أن التقدير انما يستقيم بشيء معلوم المالية وهذه الاشياء مجهولة المالية ولهذا لا يقدر بها جمان المتلفات والتقدير بالابل عرف بالآثار المشهورة ولم يوجد ذلك في غيرها فلا يعدل عن القياس والآثار التي وردت فيها يحتمل القضاء بها بطريق الصلح فلا يلزم حجة وذكر في المعاقل أنه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة أو على مائتي بقرة لا يجوز وتأويله أنه قولهما قال رحمه الله (وكفارتهما ما ذكرنا في النص) أي كفارة القتل خطأ

(قوله بجمع عمر بين الثلاثة) أي أخذ من كل نوع درهما اه (قوله وذكر في المعاقل الخ) قال الاتقاني ما نصه وقال في شرح الجصاري وقيل لا اختلاف بينهم لانه ذكر في كتاب المعاقل ان الولي لو صالح على أكثر من مائتي حلة فالفضل باطل بالاجماع فاولا ان معنى جنس الدية لو جب أن يجوز ولو صالح مع العاقلة أو مع القاتل على أكثر من عشرة آلاف درهم أو أكثر من ألف دينار أو أكثر من (١) (قوله لا يجوز وتأويله) قولهما) أي تأويل ما ذكر في المعاقل انه مذهب أبي يوسف ومحمد لا مذهب أبي حنيفة اذ عنده يجوز ذلك لانه ليس من المنصوص عليه اه

(١) هكذا في نسخ الحاشية والكلام كما ترى منقطع فارجع الى الاصول الصحيحة اه مصححه

الاب بدخول الفاء يعلم انه جزاء الشرط قبله وجزاء الشرط لا يكون جزاء الا اذا كان كلاما فى كونه جزاء ألا ترى أن قولك ان دخلت الدار فأنت طالق يجعل

(قوله ولم يكتف بذلك فى حق وجوب الضمان) قال الاتقانى والراضع فى العادة هو الذى لم تتبين سلامة أعضائه حتى جعل بمنزلة المتعمد فى حكم القصاص والارش فى مسئلة الجامع الصغير فى مولود ولد فقطع رجل يد كرمفقيه حكومة عدل الا أن يكون الذكر قد تعرك فيه القصاص فى العمد والدية فى الخطأ وكذلك اذا قطع لسانه وقد استهل فقيه حكومة عدل الا أن يكون تكلم ففيه الدية كاملة وكذلك بصره ففيه حكومة عدل الا أن يعلم انه قد أبصر وفى هذه المسئلة جعله بمنزلة سليم الاطراف ووجه التوفيق أن سلامة الاطراف لم تثبت بالدليل والقطع بعدم باب حدوث السلامة فصار النقصان لازما فوجب حكومة العدل وأما الاعتاق فلا يعدم باب السلامة فيكون تأويل المسئلة انه أعتق عبدا حتى ظهرت سلامة أعضائه وأطرافه حتى انه لو مات قبل أن يظهر ذلك لم تتأدبه الكفارة كذا قال نفر الاسلام فى الجامع الصغير اه اتقانى (قوله العامرين) كذا بخطه فليراجع الحديث اه (قوله عمرو بن أمية الضمرى) صحابى مشهور له أحاديث روى عنه أولاده جعفر وعبد الله والفضل وغيرهم قال ابن سعد أسلم حين انصرف المشركون من أحد وكان شجاعا وبعثه النبى صلى الله عليه وسلم الى النجاشى فى

(قوله ولم يكتف بذلك فى حق وجوب الضمان) قال الاتقانى والراضع فى العادة هو الذى لم تتبين سلامة أعضائه حتى جعل بمنزلة المتعمد فى حكم القصاص والارش فى مسئلة الجامع الصغير فى مولود ولد فقطع رجل يد كرمفقيه حكومة عدل الا أن يكون الذكر قد تعرك فيه القصاص فى العمد والدية فى الخطأ وكذلك اذا قطع لسانه وقد استهل فقيه حكومة عدل الا أن يكون تكلم ففيه الدية كاملة وكذلك بصره ففيه حكومة عدل الا أن يعلم انه قد أبصر وفى هذه المسئلة جعله بمنزلة سليم الاطراف ووجه التوفيق أن سلامة الاطراف لم تثبت بالدليل والقطع بعدم باب حدوث السلامة فصار النقصان لازما فوجب حكومة العدل وأما الاعتاق فلا يعدم باب السلامة فيكون تأويل المسئلة انه أعتق عبدا حتى ظهرت سلامة أعضائه وأطرافه حتى انه لو مات قبل أن يظهر ذلك لم تتأدبه الكفارة كذا قال نفر الاسلام فى الجامع الصغير اه اتقانى (قوله العامرين) كذا بخطه فليراجع الحديث اه (قوله عمرو بن أمية الضمرى) صحابى مشهور له أحاديث روى عنه أولاده جعفر وعبد الله والفضل وغيرهم قال ابن سعد أسلم حين انصرف المشركون من أحد وكان شجاعا وبعثه النبى صلى الله عليه وسلم الى النجاشى فى زواج أم حبيبة والى مكة فحمل حبيبا من خشبته وكان من رجال العرب نجدة وعاش الى خلافة معاوية ومات بالمدينة اه اصابة لابن حجر

وشبه عمدها الذى ذكر فى القرآن وهو الاعتاق والصوم على الترتيب متتابعا كما ذكر فى النص قال الله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة وشبه العمد خطأ فى حق القتل وان كان عمدا فى حق الضرب فتناولهما الآية ولا يختلفان فيه لعدم النقل بالاختلاف بخلاف الدية حيث تغلب فى شبه العمد مغلظة لوجود التوثيق فى التغليظ فى شبه العمد دون الخطأ والمقادير لا تعلب الاسماء قال رحمه الله (ولا يجوز الاطعام والجنين) لان الاطعام لم يرد به نص والمقادير لا تعرف الاسماء ولان المذكور للواجب الغاء فى الجواب أو لكونه كل المذكور والجنين لم تعرف حياته ولا سلامته فلم يجز ولانه مضمون بجنسه فلا يدخل تحت مطلق النص قال رحمه الله (ويجوز الرضيع لو أحد أبويه مسلما) لانه مسلم تبعا له والظاهر سلامة أطرافه على ما عليه الجبلة ولا يقال كيف اكتفى هنا بالظاهر فى سلامة أطرافه حتى جاز التكفير به ولم يكتف بذلك فى حق وجوب الضمان بالتلف أطرافه لانا نقول الحاجة فى التكفير الى دفع الواجب والظاهر يصلح جهة للدفع والحاجة فى الاتلاف الى الزام الضمان وهو لا يصلح جهة فيه ولانه يظهر حال الاطراف فيما بعد فى التكفير اذا عاش ولا كذلك فى الاتلاف فافترقا قال رحمه الله (ودية المرأة على النصف من دية الرجل فى النفس وفيما دونها) روى ذلك عن على رضى الله عنه موقوفا ومرفوعا وقال الشافعى رحمه الله الثلث وما دون الثلث لا ينتصف لما روى عن سعيد بن المسيب أنه السنة وقال الشافعى السنة اذا أطلقت يراد بها سنة النبى صلى الله عليه وسلم ولنا ما رويناه وما روى أن كبار الصحابة رضى الله عنهم أفتوا بخلافه ولو كان سنة النبى صلى الله عليه وسلم لما خالفوه وقوله سنة محمول على أنه سنة زيد لانه لم يروه الا عنه موقوفا ولان هذا يؤتى الى المال وهو ما اذا كان أملها أشد وصابها أكثر أن يقل أرشها بيانه أن لو قطع اصبع منها يجب عشر من الابل ولو قطع اصبعان يجب عشرون واذا قطع ثلاث يجب ثلاثون لانها تساوى الرجل فيه على زعمه لكونه ما دون الثلث ولو قطع أربعة يجب عشرون لتنصيف فيما هو أكثر من الثلث فقطع الرابعة لا يوجب شيأ بل يسقط ما وجب بقطع الثالثة وحكمة الشارع تنافى ذلك فلا يجوز نسبته اليه لان من المحال أن تكون الجناية لا توجب شيأ شرعا وأفهم منه أن لسقط ما وجب بغيرها هذا مما يحيله العقل بالبديهة ولان الشافعى رحمه الله يعتبر الاطراف بالانفس وتركه هنا حيث نصف دية النفس ولم ينصف دية الاطراف الا اذا زاد على الثلث قال رحمه الله (ودية الذمى والمسلم سواء) وقال مالك رحمه الله دية اليهودى والنصرانى ستة آلاف درهم لقوله عليه الصلاة والسلام عقل الكافر نصف دية المسلم والكل عنده اثنا عشر ألفا وقال الشافعى رحمه الله دية اليهودى والنصرانى أربعة آلاف درهم ودية المجوسى ثمانمائة درهم لما روى أنه عليه الصلاة والسلام جعل دية اليهودى والنصرانى أربعة آلاف درهم ودية المجوسى ثمانمائة درهم ولنا ما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم ودى العامريين الذين كان لهما عهد من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقتلهما عمرو بن أمية الضمرى بمائة من الابل وقال عليه الصلاة والسلام دية كل ذى عهد فى عهده ألف دينار وعن الزهرى ان أبا بكر وعمر رضى الله عنهما كانا يجعلان دية الذمى مثل دية المسلم وقال على رضى الله عنه اغما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كاموالنا وفى ظاهر قوله تعالى وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله دلالة عليه لان المراد منه ظاهرا ما هو المراد من قوله تعالى فى قتل المؤمن ودية مسلمة الى أهله ولانهم معصومون متقومون لاحرازهم أنفسهم بالدار فوجب أن يكونوا ملحقين بالمسلمين فوجب أن يجب بقتلهم ما يجب بقتلهم أو لو كانوا مسلمين ألا ترى أن أموالهم لما كانت معصومة متقومة يجب بالتلافها ما يجب بالتلاف مال المسلم فاذا كان هذا فى أموالهم فما ظنك

فى أنفسهم ولا يقال ان نقص الكفر فوق نقص الاونثة والرق فوجب أن تتنقص دسته به كما تتنقص بالاونثة والرق ولان الرق أثر الكفر فاذا انتقص بأثره وهو الرق ان ينتقص به لانا نقول نقصان دية المرأة والعبد لا باعتبار نقصان الاونثة والرق بل باعتبار نقصان صفة المالكية فان المرأة لا تملك النكاح والعبد لا يملك المال والحر الذكر يملكهما فلهذا زادت قيمتهما ونقصت قيمتهما والكافر يساوى المسلم فى هذا المعنى فوجب أن يكون بدله كبدله والمستأمن دينه مثل دية الذمى فى الصحيح لمساويتنا

﴿ فصل ﴾ قال رحمه الله (فى النفس واللسان واللذكر والحشفة والعقل والسمع والبصر والشم والذوق والصلبة ان تنبت شعر الرأس والعينين واليدين والشفتين والحاجبين والرجلين والاذنين والاثنيين وتدبى المرأة الدية وفى كل واحد من هذه الاشياء نصف الدية وفى أشفار العينين الدية وفى أحدها ربعها وفى كل أصبع من أصابع اليدين أو الرجلين عشرها وفيها مفاصل ففى أحدها ثلث دية الاصبع ونصفها وفيها مفصلان وفى كل سن خمس من الابل أو خمسمائة درهم) والاصل فيه حديث سعيد بن المسيب أنه عليه الصلاة والسلام قال فى النفس الدية وفى اللسان الدية وفى المأمومة ثلثا الدية ومثله ذكر عليه الصلاة والسلام فى الكتاب الذى كتبه لعمرو بن حزم فالنص الوارد فى البعض يكون وارد اعلى الباقى دلالة لانه فى معناه والاصل فى الاعضاء أنها اذا فوتت جنس منفعة على الكمال أو أزال جمالا مقصودا فى الآدمى على الكمال يجب كل الدية لانه فيه اتلاف النفس من وجه اذ النفس لا تبقى منتفعا بها من ذلك الوجه واتلاف النفس من وجه مطمح بالاتلاف من كل وجه فى الآدمى لتعظيمه فلهذا روى تمام الحديث والاعضاء على خمسة أنواع فنها ما هو أفراد ومنها ما هو مزدوج ومنها ما هو أرباع ومنها ما هو أعشار ومنها ما يزيد على ذلك فمتى كل واحد من الافراد تجب الدية وفى كل نوع من المزدوج والارباع والاعشار كذلك فاذا ثبت هذا فنقول فى الاتلاف الدية لانها أزال الجمال على الكمال وهو مقصود وكذلك اذا قطع المارن وهو ما دون قصبة الانف وهو ما لان منه أو قطع الاربنة وهو طرف الانف أو قطع المارن مع القصبة لما ذكرناه ان ازالة الجمال ولا يزيد على دية واحدة لان الكل عضو واحد ولان فيه تفويت المنفعة على الكمال فان منفعة الانف أن يجتمع الروائح فى قصبة الانف لتصل الى الدماغ وذلك يفوت بقطع المارن وكذا اذا قطع اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو النطق فان الآدمى يمتاز به عن سائر الحيوان وبه من الله تعالى علينا بقوله خلق الانسان علمه البيان وهذا لانه لا يقدر على اقامة مصالحه الا بافهام غيره أغراضه وذلك يفوت بقطعه وكذا تجب الدية بقطع بعضه اذا امتنع من الكلام لان الدية تجب لتفويت المنفعة لا لتفويت صورة الآلة وقد حصل بالامتناع من الكلام ولو قدر على التكلم ببعض الحروف دون البعض تقسم الدية على عدد الحروف وقيل على عدد الحروف التى تتعلق باللسان (١) وهى التاء والشاء والجيم والدال والذال والراء والزاى والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون والحاء اذا ما أصاب الفاء ثبت بازمه ولا مدخل للحروف الحلقية فيه وهى الهمزة والهاء والعين والغين والحاء والخاء ولا الشفوية وهى الباء والميم والواو وقيل ان قدر على أكثر هذا تجب حكومة عدل لحصول الافهام مع الاختلال وان عجز عن أداء الا كثر تجب كل الدية لان الظاهر انه لا يحصل منه الافهام والاصل فيه ما روى عن على رضى الله عنه أنه قسم الدية على الحروف فما قدر عليه من الحروف أسقط بحصابه من الدية وما لم يقدر عليه ألزمه بحصابه منها وكذا الذكر لان فيه تفويت منفعة متجة من الوطء والايلاد واستمالة المرأة بالقول والرمى بسهم وفق الماء والايلاج الذى هو طريق الاعلاق عادة وكذا فى الحشفة الدية كاملة لانها أصل فى منفعة الايلاج والدفق والقصبة كالتابع له وكذا فى العقل الدية اذا ذهب بالضرب لفوات منفعة الادراك لان الانسان به يمتاز عن غيره من الحيوان وبه ينتفع نفسه فى معاشه ومعاده وفى كل واحد من السمع والبصر والذوق والشم كمال الدية لان لكل واحد منها منفعة مقصودة وقد روى أن عمر رضى الله عنه قضى لرجل على رجل بأربع ديات بضربة واحدة فوقعت على رأسه

(قوله بالنكاح) كذا بخط الشارح والظاهر اسقاط الباء

﴿ فصل ﴾ (قوله واليدين) من قوله واليدين الى قوله والرجلين ساقط من خط الشارح وهو ثابت فى نسخ المتن اه (قوله ومنها ما يزيد على ذلك) قال الشيخ أبو الحسن الكرخى فى مختصره الاعضاء التى يجب بكل عضو منها دية فى ثلاثة أعضاء اللسان والانف والذكر فاذا استوعب الانف جدعا أو قطع المارن منه وحده وهو ما لان من الانف عن العظم ففيه الدية كاملة وكذا اذا استوعب اللسان أو قطع منه ما يذهب بالكلام كله وكذلك الذكر اذا استوعب أو قطعت الحشفة كلها ففيه الدية الى هنا لفظ الكرخى اه

(١) قوله وهى التاء الخ كذا فى الاصل ولعله ذكر القاف والكاف وهما من المناسبة ولا الفاء وهى من الشفوية اه كتبه مصححه

ذهب بها عقله وسمعه وبصره وكلامه وقال أبو يوسف رحمه الله لا يعرف الذهاب والقول قول الجاني لان المكره لا يلزمه شئ الا اذا صدقه ونكل عن اليمين وقيل ذهاب البصر يعرفه الاطباء فيكون قول رجلين منهم عدلين جهة فيه وقيل يستقبل به الشمس مفتوح العين فان دمعت عينه علم أنها باقية والا فلا وقيل يلقى بغير بديه حية فان هرب منها علم أنها لم تذهب وان لم يهرب فهي ذاهبة وطريق معرفة ذهاب السمع أن يغافل ثم ينادي فاذا أجاب علم أنه لم يذهب والا فهو ذاهب وروى عن اسمعيل بن حماد أن امرأة ادعت أنها لا تسمع وتطارشت في مجلس حكمه فاشتغل بالقضاء عن النظر اليها ثم قال لها فجأة غطي عورتك فاضطربت وقامت الى جمع ثيابها فظهر كذبها وكذا في اللحية وشعر الرأس الدية اذا حلق ولم ينبت لانه لا أزال جمالا على الكمال وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا تجب فيه الدية وتجب حكومة عدل لان ذلك زيادة في الآدميين ولهذا يغوو بعد كمال الخلقة ولهذا يحلق الرأس واللحية بعضها في بعض البلاد فلا تتعلق به الدية كشعر الصدر والساق اذ لا تعلق بمنفعة ولهذا يجب في شعر العبد نقصان القيمة وقلنا قول علي رضي الله عنه في الرأس اذا حلق ولم ينبت الدية كاملة والموقوف في هذا كله وقوع لانه من المقادير فلا يهتدي اليه الرأي ولانه فوت عليه جمالا على الكمال لان اللحية في أوانها جمال وكذا شعر الرأس جمال ألا ترى أن الاصلع يتكلف في ستره فيلزمه كمال الدية كما في قطع الاذنين الناخصتين والدليل على أنه جمال قوله عليه الصلاة والسلام ان الله ملأ ملكه تسعة سيماهم سيمان من زين الرجال باللحى و نساء العالمين والذوائب بخلاف شعر الصدر والساق لانه لا تعلق به الجمال وأما الحية العبد فقد روى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه يجب فيه كمال القيمة فلا يلزمنا والجواب عن الظاهر أن المقصود من العبد الاستخدام دون الجمال وهو لا يفوت بالحلق بخلاف الحران المقصود منه في حقه الجمال فيجب بفواته كمال الدية وفي الشارب حكومة عدل في الصحيح لانه تابع للحية فصار طرفا من أطراف اللحية واختلفوا في حلية الكوسج والاصح أنه ان كان على ذقنه شعرات معدودة فليس في حقه شئ لان وجودها يشينه ولا يزينه وان كان ذلك على الخدود الذقن جميعا ولكنه غير متصل ففيه حكومة عدل وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفي لحيته جمال كامل وهذا كله اذا فسد المنبت فان نبت حتى استوى كما كان لا يجب شئ لانه لم يبق لفعل الجاني أثر فهو بمنزلة الضربة التي لا يبقى أثرها في البدن ولكنه يؤدب على ذلك لارتكابه المحرم فاذا نبت أبعض فقد ذكر في النوادر انه لا يلزمه شئ عند أبي حنيفة رحمه الله في الحران لان الجمال يزداد ببياض شعر اللحية وعندهما يجب حكومة عدل لان البياض يشينه في غير أوانه فتجب حكومة العدل باعتباره وفي العبد تجب حكومة عدل عندهم لانه ينتقص به قيمته ويستوي العدو الخطأ في حلق الشعر لان الغضب لا يجب فيه لانه عقوبة فلا يثبت قياسا وانما ثبت نصا أو دلالة فالنص انما ورد في النفس والجراحات وهذا ليس في معناها لانه لا يتأتى فيه ولا توهم فيه السراية بخلاف النفس والجراحات ويؤجل فيه سنة فان لم ينبت فيها وجبت الدية ويستوي فيه الصغير والكبير والذكر والانثى فان مات قبل تمام السنة ولم ينبت فلا شئ عليه وأما يكون مزدوجا لحاجبين الاعضاء كالعينين واليدين ففي قطعهما كمال الدية وفي قطع أحدهما نصف الدية وأصل ذلك ما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال في العينين الدية وفي احداهما نصف الدية وفي اليدين الدية وفي احداهما نصف الدية وفي الرجلين الدية وفي احداهما نصف الدية ولان في تفويت اثنتين منهما تفويت جنس المنفعة أو تفويت الجمال على الكمال فتجب كل الدية وفي تفويت احداهما تفويت نصف المنفعة فيجب النصف وهذا لان في تفويت العينين واليدين والشفتين تفويت منفعة الابصار والبطش وامساك الطعام عند الاكل ومنفعة الجمال على الكمال وفي تفويت الرجلين تفويت منفعة المشي وفي الاذنين تفويت الجمال على الكمال وقد قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في الاذنين بالدية وفي الاثنين تفويت منفعة الاستماع والنسل وفي ثدي المرأة تفويت

قوله وان لم يهرب فهي ذاهبة) وقال محمد في الاصل ان لم يعلم عاد كرنا بعتبر فيه الدعوى والانكار والقول للجاني مع يمينه على البيتات لان هذا عين على فعل نفسه وهو اذهاب بصر غيره اه معراج (قوله قوله صلى الله عليه وسلم ان الله ملأ ملكه تسعة سيماهم سيمان من زين رجال باللحى) قال في المصباح اللحية الشعر النازل على الذقن والجمع لحى مثل سدرة وسدر وقضم اللام أيضا مثل حلية وحلى اه

(قوله فان اتت) ضبطه فى المغرب بضم حرف المضارعة من الاتيان أى فان اتممت الاشفار والاهداب اه (قوله لان الانسان له اثنتان وثلاثون سنا) فينبغى أن يجب فى كل سن ربع ثمن الدية فالحكمة فى وجوب نصف العشر فيظر بما ان عدد الاسنان وان كان اثنين وثلاثين سنا فالاربعة الاخيرة وهى أسنان الحلم قد لا تنبت لبعض الناس وقد تنبت لبعض الناس بعضها ولبعض كلها فالعدد الاوسط للاسنان ثلاثون ثم للاسنان منفعتان الزينة والمضغ فاذا سقط سن بطل منفعتها بالكلية ونصف منفعة السن التى تقابلها وهى منفعة المضغ وان كان النصف الآخر وهو الزينة باقيا واذا كان العدد الاوسط ثلاثين فنفعة السن الواحدة ثلث العشر ونصف منفعة السن الأخرى التى تقابلها سدس العشر ومجموعهما نصف العشر واقفه أعلى بالحقيقة اه شرح وقاية وكتب مانصه قال شيخ شيخنا العلامة زين الدين قاسم فى كتاب التصحيح أخذ بعض أهل العصر من هذا أن فى الاسنان كلها دية واحدة كسائر الاعضاء المتعددة وهو غلط قال فى شرح الهباوى وفى كل سن نصف عشر الدية خمسمائة درهم ومن ضرب رجلا حتى سقطت أسنانه كلها وهى اثنان وثلاثون كان عليه دية وثلاثة أخماس الدية وذلك ستة عشر ألف درهم فى السنة الاولى ثلث الدية ثلث من الدية الكاملة وثلث من ثلاثة أخماس الدية وفى السنة الثانية ثلث الدية

منفعة الارضاع بخلاف ثدى الرجل لانه ليس فيه تفويت المنفعة ولا الجمال على الكمال فيجب فيه حكومة عدل وفى حلمتى المرأة كمال الدية وفى احداهما نصف الدية لفوات منفعة الارضاع وامساك البول لانه اذا لم يكن ثديها حلمة يتعذر على الصبى الالتقام عند الارتضاع وقول مالك والشافعى رحمهما الله يجب فى احداهما حكومة عدل بناء على أصلهما انهما الاربان وجوب الدية فى الشعر وعندنا يجب فيهما الدية لتفويت الجمال على الكمال وأما ما يكون من الاعضاء أرباعا فهى أشفار العينين ففيها الدية اذا قلعها ولو نبتت وفى أحد هما ربع الدية لانها يتعلق بها الجمال على الكمال ويتعلق بها دفع الاذى والقذى من العين وتفوت ذلك ينقص البصر ويورث العمى فاذا وجب فى الكل الدية وهى أربعة وجب فى الواحدة منها ربع الدية وفى الاثنين نصف الدية وفى ثلاثة ثلاثة أرباع الدية ثم يجوز أن يكون مراده بالاشفار حروف العينين ولا اشكال فيه لانه حقيقة فيه ويجوز أن يكون مراده الاهداب وسماها أشفارا تسمية للحال باسم المحل ومثله سائغ لغة كما يقال ساح المزاب وسال الوادى وهو لا يسيل وانما الماء الذى فيه يسيل فيه وقال محمد رحمه الله فى أشفار العينين الدية كاملة اذا نبتت فأرابه الشعر لان الشعر هو الذى ينبت دون الجفون وأيهما أربد كان مستغنيا لان فى كل واحد من الشعر ومنابته دية كاملة فلا يحتمل المعنى ولو قطع الجفون بأهدابها نجب دية واحدة لان الاشفار مع الجفون كشئ واحد كالمارن مع القصبة والموضحة مع الشعر وأما ما يكون من الاعضاء أعشارا كالاصابع ففى قطع أصابع اليدين أو الرجلين كل الدية وفى قطع واحدة منها عشر الدية لقوله عليه الصلاة والسلام وفى كل اصبع عشر من الابل ولان فى قطع الكل تفوت منفعة المشى أو البطش وفيه دية كاملة وهى عشرة فتقسم الدية عليها والاصابع كلها سواء لاطلاق ما روينا ولان الكل سواء فى أصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيها كالاسنان واليد اليمنى مع اليسرى وكل اصبع فيها ثلاثة مفاصل ففى أحدها ثلث دية الاصبع لانه ثلثها وما فيها مفصلان كالابهام ففى أحدهما نصف دية الاصبع لانه نصفها وهو نظير اتفاء دية اليد على الاصابع وهو المراد بقوله فى المختصر وما فيها مفاصل ففى أحدها ثلث دية الاصبع ونصفها ففيها مفصلان وأما ما زيد على ذلك فالاسنان ففى كل سن نصف عشر الدية وهو خمس من الابل أو خمسمائة درهم لقوله عليه الصلاة والسلام وفى كل سن خمس من الابل وهى كلها سواء لاطلاق ما روينا ولما روى فى بعض طرقه والاسنان كلها سواء ولان لكل فى أصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاوت فيه كالابدى والاصابع ولئن كان فى بعضها زيادة منفعة ففى الآخر زيادة جمال فاستويا فتزاد دية هذا لطرف على دية الخمس ثلاثة أخماس الدية لان الانسان له اثنتان وثلاثون سنا عشرون منها سواء وأربعة أنياب وأربع ثنايا وأربع ضواحك فاذا وجب فى الواحدة نصف عشر الدية يجب فى الكل ديةٌ ثلاثة أخماس الدية وذلك ستة عشر ألف درهم هذا اذا كان خطأ وان كان عمدا ففيه القصاص وقد بنا مر قبل قال رحمه الله (وكل عضو ذهب نفعه ففيه دية كما اذا ضرب يده فشلت وعين ذهب ضوءها) أى اذا ضرب عضوا فذهب نفعه بضربه ففيه دية كاملة كما اذا ضرب يده فشلت به أو عينه فذهب ضوءه به لان وجوب الدية يتعلق بفوت جنس المنفعة فاذا اتلفت منفعته كلها أوجب عليه موجبه كله ولا عبرة للصورة بعون المنفعة لكونها تابعة فلا يكون لها حصة من الارش الا اذا تجزئت عند الاتلاف بأن أتلف عضوا

وما بقى من ثمرة أخماس الدية وفى السنة الثالثة ثلث الدية وهو ما بقى من الدية الكاملة اه وذكر فى الاصل والمحيط والمبسوط وقال فى السنة الاولى ستة آلاف وستمائة وستون وثلثان وفى السنة الثانية ستة آلاف وستمائة وثلاثة وثلاثون وثلث وفى السنة الثالثة ثلاثة آلاف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث وقال فى الاختيار وأسنان الكوسج قالوا ثمانية وعشرون فجعبة وخمسمائة وهذا غير جار على القياس فى الاعضاء الآن المرجع النص اه

ذهب منفعته فحينئذ تجب فيه حكومة عدل ان لم يكن فيه جمال كاليد الشلاء أو ارشه كاملا ان كان فيه جمال كالاذن الشاخصة فلا يلزم من اعتبار الصورة والجمال عند الانفراد عن المنفعة اعتبارهما معها بل يكون تبعا لها فيكون المنظور اليه هي المنفعة فقط عند الاجتماع وكم من شئ يكون تبعا لغيره عند الانفراد فلا يكون له ارش اذا تلف معه واذا انفرد بالاتلاف يكون له ارش ألا ترى ان الاعضاء كلها تابع للنفس فلا يكون لها ارش اذا تلفت معه واذا انفردت بالاتلاف كان لها ارش ومن ضرب صلب رجل فانقطع ماؤه تجب الدية لان فيه تفويت منفعة كاملة وهي منفعة النسل وكذا لو أحدبه لان فيه تفويت منفعة الجمال على الكمال لان جمال الآدمي في كونه منتصب القامة وقيل هو المراد بقوله تعالى لقد خلقنا الانسان في أحسن تقويم ولو زالت الحدبة فلا شئ عليه (ولو الها لاعن أثر ولو بقي أثر الضربة ففيه حكومة عدل لبقاء الشين ببقاء أثرها والله أعلم

﴿ فصل في الشجاج ﴾ الشجاج عشرة الحارصة وهي التي تحرص الجلد أي تخدشه ولا تخرج الدم وهي مأخوذة من حرص القصار الثوب أي شقه في الدق والدامعة بالعين المهملة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع في العين مأخوذة من الدمع سميت بها لان الدم يخرج بمقدار الدمع من المقلة وقيل لان عينه تدمع بسبب ألم يحصل له منها وفي أعلى الدامعة هي التي يخرج منها ما يشبه الدمع مأخوذة من دمع العينين والدامية وهي التي تسيل الدم وذكر المرغيناني أن الدامية هي التي تدمى من غير أن يسيل منها دم والباضعة هي التي تبضع اللحم أي تقطعه وهي التي تقطعه مأخوذة من البضع وهو الشق وقطع ومنه مبضع الفصاد والمتلاحمة وهي التي تأخذ في اللحم فتقطعه كله ثم تلاحم بعد ذلك أي يلتئم ويلاصق سميت بذلك تفاؤلا على ما تؤول اليه وروى عن محمد رحمه الله أن المتلاحمة قبل الباضعة لان المتلاحمة أخوذ من قولهم انضم الشيآن اذا اتصل أحدهما بالآخر فالمتلاحمة ما تظهر اللحم ولا تقطعه والباضعة بعدها لانها تقطعه وفي ظاهر الرواية المتلاحمة تعمل في قطع أكثر اللحم وهي بعد الباضعة وقال الازهري الوجه أن يقال المتلاحمة أي القاطعة للحم والاختلاف الذي وجد في الشجاج راجع الى ما أخذ الاشتقاق لا الى الحكم والسمحاق وهي التي تصل الى السمحاق وهي الجلدة الرقيقة التي بين اللحم وعظم الرأس والموضحة وهي التي توضح العظم أي تبينه والهاشمة وهي التي تكسر العظم والمنقلة وهي التي تنقل العظم بعد الكسر أي تحوله والآمة وهي التي تصل الى أم الدماغ وأم الدماغ هي الجلدة الرقيقة التي تجمع الدماغ وبعد الآمة ثمانية تسمى الهامة بالغين المعجمة وهي التي تصل الى الدماغ ليذكرها محمد رحمه الله لان النفس لا تبقى بعدها عادة فيكون قتلا ولا يكون من الشجاج والكلام في الشجاج وكذا ليذكر الحارصة والدامعة لانهما لا يبقى لهما في الغالب أثر وهذه الشجاج تختص بالرأس والوجه لغة وما كان في غيرهما يسمى جراحة فهذا هو حقيقته والحكم مرتب على الحقيقة فلا يجب بالجراحة ما يجب بالشجة من المقدر لان التقدير بالنقل وهو انما ورد في الشجاج وهو يختص بالرأس والوجه فيختص الحكم المقدر بهما ولا يجوز الحاق الجراحة بها دلالة ولا قياسا لانها ليست في معناها في الشين لان شجاج الرأس والوجه يظهر أن في الغالب وغيرهما مستور فالبالظهر واختلفوا في العينين فعندنا هما من الوجه فيتحقق الشجاج فيما قيب فيهما موجبها خلافا لما يقوله مالك رحمه الله هو يقول انهما ليسا من الوجه لان المواجهة لا تقع بهما ونحن نقول هما يتصلان بالوجه من غير فصل ويتحقق معنى المواجهة فصارا كالذقن لانهما تحته وقال شيخ الاسلام ويجب أن يفترض غسلهما في الوضوء لانهما من الوجه حقيقة الا أنا تركناهما للاجماع ولا اجماع هنا فبقيت العبرة للحقيقة قال رحمه الله (وفي الموضحة نصف عشر الدية وفي الهاشمة عشرها وفي المنقلة عشر ونصف عشر وفي الآمة وفي الجائفة ثلثها فان نفذت الجائفة فثلثاها) لما روى في كتاب عمرو بن حزم رضي الله عنه أن النبي

﴿ فصل في الشجاج ﴾ (قوله فيختص الحكم المقدر بهما) أي بالشجاج اه من خط الشارح

صلى الله عليه وسلم قال في الموضحة خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة خمس عشرة وفي الآمة وروى المأمومة ثلث الدية وقال عليه الصلاة والسلام في الجائفة ثلث الدية وعن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه حكم في جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثي الدية ولانها اذا نفذت صارت جائفتين فيجب في كل واحدة منهما الثلث وهي تكون في الرأس والبطن بخلاف سائر الشجاج حيث لا تكون الا في الرأس والوجه وقيل لا تختص في الجائفة فيما قوي الحلق قال رحمه الله (وفي الحارصة والدامعة والدامية والباضعة والمتلاحمة والسمحاق حكومة عدل) لان هذه ليس فيها ارش مقدر من جهة الشرع ولا يمكن اهدارها فتجب فيها حكومة عدل وهو مأثور عن ابراهيم النخعي وعمر بن عبد العزيز رحمهما الله واختلفوا في تفسير هذه الحكومة قال الحلواني رحمه الله تفسيرها أن يقوم كما لو كان بدون هذا الارش يقوم وبه هذا الارش يقوم فيتظر الى تفاوت ما بينهما فان كان ثلث عشر القيمة مثلا يجب ثلث عشر الدية وان كان ربع عشر القيمة يجب ربع عشر الدية وقال الكرخي رحمه الله يتذكر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان ما لا نص فيه يرد الى المنصوص عليه وكان الكرخي رحمه الله يقول ماذكره الحلواني ليس بصحيح لانه لو اعتبر ذلك الطريق فربما يكون نقصان القيمة أكثر من نصف عشر الدية فيؤدي الى أن يوجب في هذه الشجاج وهو ما دون الموضحة أكثر مما أوجبه الشرع في الموضحة وانه محال بل الصحيح الاعتبار بالمقدار وقال الصدر الشهيد رحمه الله ينظر الفقيه في هذا ان أمكنه الفتوى باشانى بان كانت الجناية في الرأس والوجه يفتي بالثاني وان لم يتمكن عليه ذلك يفتي بالقول الاول لانه أيسر قال وكان المرغيناني رحمه الله يفتي به وقال في المبسوط والاصح أنه يتذكر مقدار هذه الشجة من كم قفيز نصف لها أرش مقدر فان كان مقدار مثل نصف شجة لها أرش أو ثلثها وجب نصف أو ثلث أرش تلك الشجة وان كان ربعا فربع ذكره بعد ذكر القولين فكأنه جعله قولا ثالثا والاشبه أن يكون هذا تفسير القول الكرخي وقال شيخ الاسلام رحمه الله قول الكرخي أصح لان عليا رضي الله تعالى عنه اعتبره بهذا الطريق لمن قطع طرف لسانه على ما بيناه من قبل قال رحمه الله (ولا قصاص في غير الموضحة) لانه لا يمكن اعتبار المساواة فيه لان ما دون الموضحة ليس له حد ينتهي اليه الكسر وما فوقها كسر العظم ولا قصاص فيه لقوله عليه الصلاة والسلام لا قصاص في العظم وهذا رواية الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه وفي ظاهر الرواية يجب القصاص فيما دون الموضحة ذكره محمد رحمه الله في الاصل وهو الاصح لانه يمكن اعتبار المساواة فيه فاذا ليس فيه كسر العظم ولا خوف التلف كالجائفة فيستوفي غورها بعد أن يتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص بذلك وفي الموضحة القصاص ان كانت عمدا لما روي انه عليه الصلاة والسلام قضى بالقصاص في الموضحة ولان المساواة فيها ممكنة بانهاء الكسر الى العظم فيتحقق استيفاء القصاص قال رحمه الله (وفي أصابع اليد نصف الدية) أي أصابع اليد الواحدة لان في كل اصبع عشرا من الابل لما روينا فيكون في الخمسة خمسون ضرورة وهو النصف ولان في قطع الاصابع تفويت منفعة البطش وهو الموجب على ما مر قال رحمه الله (ولوضع الكف) هذا متصل بما قبله أي في أصابع اليد نصف الدية وان قطعها مع الكف ولا يزيد الارش بسبب الكف لان الكف تبع للاصابع في حق البطش لان قوة البطش بها وقال عليه الصلاة والسلام في اليدين الدية وفي احداهما نصف الدية واليد اسم لجارحة يقع بها البطش لان اسم اليد يدل على العضو والقدرة والبطش يقع بالاصابع والكف فيجب فيهما دية واحدة لان منفعتهما جنس واحد فيكون الكف تبعا للاصابع قال رحمه الله (ومع نصف ساعد نصف الدية وحكومة عدل) أي اذا قطع الكف مع نصف الساعد يجب نصف الدية وحكومة عدل نصف الدية في الكف والاصابع والحكومة في نصف الساعد وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وروي عن أبي يوسف رحمه الله عنه أن ما زاد على الاصابع من

(قوله وهو الاصح) كذا في الكا. اه

اليد والرجل الى المنكب وأصل الفخذ هو تبع فلا تزيد به الدية لان الشارع أوجب فى الواحدة منهما نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب والرجل الى أصل الفخذ فلا يزاد على تقدير الشرع ولان الساعد ليس له ارش مقدر شرعا فيكون تبعا لما له ارش مقدر فيه كالكف ووجه الظاهر أن اليد اسم لآلة باطشة ووجوب الارش باعتبار منفعة البطش وقوة البطش تتعلق بالاصابع والكف تبع لها فى البطش فكذا فى الارش ولا يقع البطش بالساعد أصلا ولا تبعا فلا يدخل فى ارشه ولانا لو جعل تبعا لا يخلو اما أن يجعل تبعا للاصابع أو للكف ولا وجه الى الاول لوقوع الفصل بينهما بالكف ولا الى الثانى لان الكف تبع للاصابع ولا تبع للتبع ولانسلم أن اليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب بل هى اسم الى الزند اذا ذكرت فى موضع القطع بدليل آية السرقة قال رحمه الله (وفى قطع الكف وفيها اصبع أو اصبعان عشرها أو خمسها ولا شئ فى الكف) أى اذا كان فى الكف اصبع أو اصبعان فقطعها يجب عشر الدية فى الاصبع الواحدة وخمسها فى اصبعين ولا يجب فى الكف شئ وهذا عند أبى حنيفة رضى الله عنه وقالا يتفرق ارش الكف والى ارش ما فيها من الاصابع فيجب أكثرهما ويدخل القليل فى الكثير لان الجمع بين الارشين متعذر احتياطا لان الكل شئ واحد فتضمان الاصبع هو ضمان الكف وضمان الكف هو ضمان الاصبع وكذا اهدار أحدهما متعذر أيضا لان كل واحد منهما أصل من وجه أما الكف فلان له اصبع قائمة به وأما الاصابع فلانها هى الاصل فى منفعة البطش فاذا كان كل واحد منهما أصلا من وجه رجحنا بالكثرة كما قلنا فيمن جنى برأس انسان وتناثر بعض شعره يدخل القليل فى الكثير ولابى حنيفة رضى الله عنه أن الاصابع أصل حقيقة لان منفعة اليد وهى البطش والقبض والبسط قائمة بها وكذا حكما لانه عليه الصلاة والسلام جعل الدية بمقابلة الاصابع حيث أوجب فى اليد نصف الدية ثم جعل فى كل اصبع عشر امن الابل ومن ضرورته أن تكون كلها بمقابلة الاصابع دون الكف والاصل أولى بالاعتبار وان قل ولا يظهر التابع بمقابلة الاصل فلا تعارض حتى يصار الى الترجيح بالكثرة ولئن تعارضا فالترجيح بالاصل حقيقة وحكما أولى من الترجيح بالكثرة ألا ترى أن الصغار اذا اختلطت مع المسان يجب فيها الزكاة تبعا وان كانت الصغار أكثر ترجيحا للاصل بخلاف ما استشهدا به من الشجة لان أحدهما ليس بتبع للآخر ولان ارش الاصبع ثابت بالنص وليس للكف أرش مقدر شرعا فلو ثبت اغا يثبت بالرأى والاجتهاد وذلك لا يصلح لابطال المنصوص عليه لما عرف أن الاجتهاد لا يصار اليه الا للضرورة عند تعذر العمل لعدم النقل أو شبهته فكيف يصار اليه مع عدم وجوده بل لابطاله وهذا خارج عن القواعد وعلى هذا لو كان فى الكف مفصل واحد من اصبع واحدة يجب ارش المفصل على الظاهر عنده ولا يجب فى الكف شئ لان ارش ذلك المفصل مقدر شرعا وما بقى من الاصل وان قل فهو أولى كما قال فى القسامة ان أهل الخطة أولى بها من المشترين وان قلوا لكونهم أصلا ولا يظهر حكم التبع معه وان كثر وروى الحسن عنه أن الباقى اذا كان دون اصبع يعتبر أكثرهما ارشا لان ارش ما دون الاصبع غير منصوص عليه واغا يثبت اعتباره بالمنصوص عليه بنوع اجتهاد وهو كونه أصلا باعتبار النص فاذا لم يرد النص فى ارش مفصل ولا مفصلين اعتبرنا فيه الاكثر والاول أصح لان ارشه ثبت بالاجماع وهو كالنص ولو لم يبق فى الكف اصبع ولا بعضها يجب عليه حكومة عدل لا يبلغ بها ارش اصبع لان قيمة التبع لا تبلغ قيمة المتبوع ولو كان فى الكف ثلاث أصابع يجب ارش الاصابع ولا يجب فى الكف شئ بالاجماع لان الاصابع أصل على ما بينا ولا كثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما اذا كانت كلها قائمة قال رحمه الله (وفى الاصبع الزائدة وعين الصبى وذكره ولسانه ان لم تعلم صحته بتطرويحركه وكلام حكومة عدل) أما الاصبع الزائدة فلانها جزء لآدمى فيجب الارش فيها كالشريفا للآدمى وان لم يكن فيها نفع ولا زينة كما فى السن الزائدة ولا يجب فيها القصاص وان كان القاطع اصبع زائدة

(قوله في المتن تدخل أرش الموضحة في الدية) قال الكرخي في مختصره ولو ان رجلا شج رجلا فذهب بصره أو سمعه أو كلامه أو شعره فلم ينبت أو عقله فان أبا حنيفة قال عليه الدية في ذهاب شعره وعقله وليس عليه شئ اه في الموضحة يدخل أرش الموضحة في الدية ولا يدخل أرش الموضحة في غيرها بين ويكون في السمع أو البصر أو الكلام أيها ذهب بالشجة أرش الشجة والدية وكذلك قال محمد مثل قول أبي حنيفة وكذلك قال أبو يوسف في احدى الروايتين عنه وهي الرواية الاولى روى ذلك في الاملاء عنه بشر بن الوليد وعلي بن الجعد وروى عنه الحسن ابن زياد أن الشجة تدخل في دية السمع وقال في الجوامع تدخل في السمع والكلام ولا تدخل في البصر خاصة لان البصر ظاهر وقال الحسن ابن زياد لا يدخل في ذلك أرش الشجة الا في الشعر خاصة وقال زفر لا يدخل أرش الشجة في شئ من ذلك شعر ولا غيره الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله اه (قوله وقد تعلقا بسبب واحد) وهو الجناية على الرأس اه (قوله لانه ظاهر) كاليد والرجل اه غاية وكتب ما نصه قال القدوري وهذا الفرق الذي قاله أبو يوسف يبطل بالشعر لانه ظاهر وقد دخل أرش الموضحة فيه فان قيل لم أوجبتم بالسمع دية وبالبصر دية وبالكلام دية وأوجبتم الشجة في الموت لم يجب الا دية واحدة والموت

لان المساواة شرط لوجوب القصاص في الطرف ولم يعلم تساويهما الا بالظن فصار كاليد تقطع طرف العبد فانا نعذر الصاص للشبهة ويجب ارشها وليس لها ارش مقدر في الشرع فيجب فيها حكومة عدل بخلاف لحية الكوسج حيث لا يجب فيها شئ لان اللحية لا يبقى فيها أثر الحلق فلا يلحقه الشين بالحلق بل ببقاء الشعرات يلحقه ذلك فيكون تقريرا من قال ظفر غيره بغير اذنه وفي قطع الاصبع الزائدة يبقى أثره فيشينه ذكر فيجب الارش وأما عين الصبي وذكره ولسانه فلان المقصود من هذه منافعها فاذا لم تفت صحتها لا يجب ارشها كاملا بالشك بخلاف المارن والاذن الشاخصة لان المقصود منهما الجمال وقد فوته على الكمال وكذلك لو استهل الصبي لانه ليس بكلام وانما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام وفي الذكر بالحركة وفي العين بما يستدل به على الرؤية وهو المراد بقولهم انه تفت صحته بنظره وحركته وكلامه فيكون بعد معرفة صحة ذلك حكمه حكم البالغ في الخطأ والعمد اذا ثبت ذلك بالبينة أو باقرار الجاني وان أنكر ولم تقم به بينة فالقول قول الجاني وكذا اذا قال لا أعرف صحته لا يجب عليه الارش كاملا الا بالبينة وقال الشافعي رحمه الله تجب الدية كاملة كيفما كان لانا اذا عرفت أنها غير صحيحة لان الغالب فيه الصحة فأشبه الاذن والمارن قلنا انظاهر لا يصلح للاستحقاق وانما يصلح للدفع وقد حققنا الى الاستحقاق وقد ذكرنا الفرق بين هذه الاعضاء وبين الاذن والانف وفي ذكر الخصي والعنين حكومة عدل وقال الشافعي رحمه الله تجب دية كاملة لقوله عليه الصلاة والسلام وفي الذكر الدية من غير فصل ولنا أن المنفعة وهو الايلاج والانزال والاحبال هي المعتبرة من هذا العضو فاذا عدمت لا يجب فيه دية كاملة كالعين القائمة بخلاف سائر الاعضاء والرجل شلاء قال رحمه الله (شج رجلا موضحة فذهب عقله أو شعر رأسه دخل أرش الموضحة في الدية) لان فوات العقل يبطل منفعة جميع الاعضاء اذ لا ينتفع بها دونه فصار بالنسبة الى سائر الاعضاء كالنفس فيدخل أرشها كما في النفس وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت بسط وتجب الدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد وهو فوات الشعر فيدخل الجزء في الجملة فصار كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده كلها فجاء أن الجناية بمتى وقعت على عضو واحد فأتلفت شيئين وارش أحدهما أكثر دخل الاقل فيه ولا فرق في هذا بين أن تكون الجناية عمدا أو خطأ أو ان وقعت على عضوين لا يدخل ويجب لكل واحد منهما ارشه سواء كان عمدا أو خطأ عند أبي حنيفة رحمه الله لسقوط القصاص به عنده وعندهما يجب للاول القصاص ان كان عمدا وأمكن الاستيفاء والافحكم قال أبو حنيفة رحمه الله وقال زفر رحمه الله لا يدخل أرش الاعضاء بعضه في بعض لان كل واحد منهما جناية فيها دون النفس فلا تداخلان كسائر الجنايات وحوابه ما بينا قال رحمه الله (وان ذهب سمعه أو بصره أو كلامه فلا) أي لو شجه موضحة فذهب أحد هذه الاشياء منه لا يدخل أرش الموضحة في أرش أحد هذه الاشياء وهذا عند أبي حنيفة وعند رجعها الله وقال أبو يوسف رحمه الله يدخل ارش الموضحة في دية السمع والكلام ولا يدخل في دية البصر لانه ظاهر فلا يلحق بالعقل فلا يدخل فيه ارش الموضحة وأما السمع والكلام فلانهما بطنان فيلحقان بالعقل فيدخل فيهما ارش الموضحة كما يدخل في ارش العقل ولهما أن كل واحد من هذه المنافع أصل بنفسه فيفيته تقدر حكم الجناية بتعدده ولا يدخل بعضها في بعض لان العبرة لتعدد أثر الفعل لا لاتحاد الفعل بخلاف العقل لان منفعته تعود الى كل الاعضاء ذلا ينتفع بالاعضاء دونه فصار كالنفس أو نقول ذهاب العقل في معنى تبديل النفس والحاقه بالبهائم فيكون بمنزلة الموت ولا كذلك سائر الاعضاء أو نقول ان العقل ليس له موضع يشار اليه فصار

أعظم من ذلك قيل الموت فوات الجملة وهذه الاشياء تبع للجملة تدخل التبع في المتبوع أما اذا ابعث فكل واحد من هذه المعاني غير تابع للآخر فلم يدخل في ارشه قال القدوري ومن أين لهم ان ذهاب السمع والبصر والشم قبل له يعرف ذلك مرة في أول فعل فيها دون النفس اه اتقاني

الشعر اه (قوله في العنوان شجيه موضحة فذهبت عيناه) لايجب القصاص في قول أبي حنيفة ولكن يجب عليه أرش الشجة ودية العينين وفي قول أبي يوسف ومحمد دية العينين (١٣٦) والقصاص في الموضحة أمامذهب أبي حنيفة فلان هذه جناية واحدة على انسان واحد وقد صار بعض تلك الجناية مالا لانهم اتفقوا أن في العينين يجب الارش فاذا صار بعض الجناية مالا صار كله مالا الا ترى أنه لو قطع يده فشل مابقي يسقط القصاص ويجب دية اليد فكذلك ههنا وأما مذهبهما فلان هذه جنايات ان في مكانين مختلفين ولاحد مدخل لاحدهما في الآخر مالا اه اتقاني (قوله فلاقود) أي في المسائل الاربع التي ذكرها المصنف على قول أبي حنيفة الاولى من المسائل الاربع مااذا شجه موضحة فذهبت عيناه الثانية مااذا قطع اصبعا فشلت أخرى الثالثة مااذا قطع المفصل الاعلى فشل مابقي أوكل اليد الرابعة مااذا كسر نصف سنه فاسود مابقي فالثالثة والرابعة لاخلاف فيهما بين أبي حنيفة وصاحبيه والاولى والثانية خلافيتان وقد مشى المصنف فيهما على قول الامام كما هو دأبه اه قال الشيخ ابن أكمر ولاخلاف في المسئلة الثالثة والرابعة اه (قوله يجب أرش كل واحد منهما كملا) فيجب أرش الموضحة ودية العينين في المسئلة الاولى ويجب دية الاصبعين في المسئلة الثانية اه (قوله ولابي حنيفة أن الجزاء الخ) أي الجزاء سقيد اه (قوله والتسبب لايوجب القصاص) يجعل كالروح للجسد وقال الحسن رحمه الله اذهاب الموضحة لايدخل في دية العقل أيضا لاختلاف محل الجناية فان محل العقل غير محل الموضحة بخلاف الموضحة مع الشعر فان محلهما واحد فجعلناه على ماهيئا قال رحمه الله (وان شجه موضحة فذهبت عيناه أو قطع اصبعا فشلت أخرى أو قطع المفصل الاعلى فشل مابقي أوكل اليد أو كسر نصف سنه فاسود مابقي فلاقود) وهذا كله قول أبي حنيفة رحمه الله مطلقا وقالا يجب القصاص في الموضحة والدية في العين فيما اذا شجه موضحة فذهبت عيناه وكذا اذا قطع اصبعا فشلت أخرى بجنبها يقتص للاولى ويجب الارش للاخرى وعنده لما يجب القصاص في العضوين يجب أرش كل واحد منهما كاملا وان كان عضوا واحدا بأن قطع الاصبع من المفصل الاعلى فشل مابقي منها يكتفي بأرش واحد ان لم ينتفع بما بقي وان كان ينتفع به يجب دية المقطوع ويجب حكومة عدل في الباقي بالاجماع وكذا اذا كسر نصف السن واسود مابقي أو اصفر أو احمر تجب دية السن كله بالاجماع ولو زال أقطع المفصل الاعلى وأثر لما يبس أو كسر القدر المكسور من السن وأثر الباقي لم يكن له ذلك لان الفعل في نفسه ما وقع موجبا للقود فصار كما اذا شجه منقلة فقال أشجه موضحة وأترك الباقي ليس له ذلك والاصل عنده أن الفعل الواحد اذا أوجب مالا في البعض سقط القصاص سواء كانا عضوين أو عضوا واحدا وعندهما في العضوين يجب القصاص مع وجوب المال وان كان عضوا واحدا لايجب لهما في الخلافة أن الفعل في محلين مختلفين فيكون جنايتين لان الفعل يتعدد بتعدد أثره فصار كجنايتين متتاليتين أو متساويتين في احداهما لاتتعدى الى الاخرى كمن رمى الى رجل فأصابه ونفذ السهم الى غيره فقتله فيجب القود في الاول والدية في الثاني ولكن قطع اصبعا فاضطرب الكف فأصاب اصبعا أخرى خطأ فانه يقتص للاولى دون الثانية بخلاف كسر نصف السن اذا اسود مابقي منها أو قطع الاصبع من المفصل الاعلى فشل مابقي منها أو شلت اليد كلها لانه لايمكن أن يجعل كفعلين مبتدأ لان اتحاد الفعل والمحل ولابي حنيفة رضي الله عنه أن الجزاء بالمثل والجرح الاول سار وليس في وسعه السارى فيسقط القصاص ويجب المال والدليل على ان سراية أثر فعله أثر في نفس واحدة والسراية عبارة عن آلام تتعاقب من الجناية على البدن ويتحقق ذلك في نفس واحدة في موضعين منها كما يتحقق في الطرف مع النفس أن مات من الجناية بخلاف نفسين فان الفعل في النفس الثانية مباشرة على حدة ليس بسراية الجناية الاولى اذ لا تصور للسراية من نفس الى نفس فلابد من أن يجعل ذلك في حكم فعل على حدة وفي النفس الواحدة لايحتاج الى أن نجعله كفعلين لانه فعل واحد حقيقة والسراية فيها متصورة اذا وثبت نهايته شبهة الخطأ في البداية لان الفعل اذا صار لازما وجب القصاص بعاقبته أثر ذلك في بدايته وبخلاف ما اذا اضطرب الكف فقطع اصبعا أخرى حيث يجب القصاص في الاولى لان القطع في الاخرى ليس بالفعل الاول ولا يأثر مثل فعل آخر مقصود فيفرد بحكمه أو نقول ان ذهاب البصر ونحوه حصل بطريق التسبب فان الفعل الاول باق على اسمه لم يتغير والاصل في سراية الافعال أن لايبنى الاول بعد ما حدثت السراية كالقطع اذا سرى الى النفس صار قتلا فلم يبق قطعا وههنا الشجة أو القطع لم يتعدم بذهاب البصر ونحوه فكان الفعل الاول تسببا الى فوات البصر ونحوه بمنزلة حفر البئر والتسبب لايوجب القصاص وعن محمد رحمه الله في المسئلة الاولى وهو مااذا شجه موضحة فذهب بصره أنه يجب القصاص فيهما وراه ابن سماعة عنه ووجهه أن سراية الفعل تنسب الى الفعل شرعا حتى

قال الكرخي في مختصره قال ابن سماعة في نوادره سمعت محمدا قال في رجل شج رجلا موضحة عمدا بحديدة أو عصا فذهبت عيناه بذلك والعين قائمة وقد ذهب الضوء قال أقتص من ذلك كله لان هذا عمد الى هذا فقط الكرخي اه اتقاني

يجعل الفاعل مباشر السراية فيؤخذ به كالو سرى الى النفس فانه يجب القصاص وبعتبر قتلا بطريق المباشرة بخلاف مالو قطع اصبعا فشلت بجنبها أخرى أو نهشه موضعة فذهب بها سمعه أو كلامه حيث لا يجب القصاص في الشلاء والسمع والكلام وانما يجب في القطوعة والموضعة فقط لانه لا يجب القصاص في الشلل والسمع والكلام لعدم الامكان وفي البصر يجب لامكان الاستيفاء لا أثرى انه لو أذهب وحدقه بفعل مقصود منه يجب القصاص في البصر دون الشلل والسمع والكلام تأمل ولو كسر بعض السن فسقط تفهيا القصاص على رواية ابن سماعة وعلى الرواية المشهورة لا قصاص فيها ولو نهشه فاوضعه ثم نهشه أخرى فأوضحه فتا كتاحتى مارتا شيأ واحدا فلا قصاص فيها في المشهور وعلى رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله يجب القصاص والوجه فيما مايناه قال رحمه الله (وان قلع سنه فنبتت مكانها أخرى سقط الارش) وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقالا عليه الارش كاملا لان الجناية وقعت موجبة له والفي نبت نعمة مبتدأة من الله تعالى فصار كالو أتلف مال انسان فحصل للمتلف عليه مال آخر ولابي حنيفة رضي الله عنه أن الجناية قد زالت معنى ولهذا لو قلع سن صبي فنبتت مكانها أخرى لا يلزمه شيء بالاجماع وهذا لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبتت مكانها أخرى فلم تفت المنفعة بهوالزينة وعن أبي يوسف رضي الله عنه أنه يجب حكومة عدل لوجود الزال الحاصل هذا اذا نبتت مثل الاولى وان نبتت معوجة فعليه حكومة عدل عند أبي حنيفة رضي الله عنه ولو نبتت الى النصف فعليه نصف الارش ولو قلع سن غيره فردتها صاحبها مكانها ونبت عليها اللحم فعلى القالع كمال الارش لان هذا لا يعد نبته اذ العروق لا تعود وفي النهاية قال شيخ الاسلام رحمه الله هذا اذا لم تعد الى حالها الاولى بعد النبات في المنفعة والجمال وأما اذا عادت فلا شيء عليه كالو نبتت وكذا لو قطع اذنه فألصقها فالتصقت يجب على القاطع أرشها لانها لا تعود الى ما كانت عليه قال رحمه الله (وان أثبد فنبتت سن الاول يجب) معناه اذا قلع رجل سن رجل مأثبد أي اقتص القالع ثم نبتت سن الاول المقتص له يجب على المقتص له أرش سن المقتص منه لانه تبين أنها سن وفي بنبغي لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبتت مكانها أخرى فانعدمت الجناية ولهذا يستأنى حولا وينبغي أن ينتظر اليأس في مثل ذلك القصاص خوفا من مثله الآن في اعتبار ذلك تضييع الحقوق فأكتفينا بالحول لانه يتبين فيه ظاهرا على تقدير عدم الفساد فاذا مضى الحول ولم تنبت قضينا بالقصاص ثم اذا نبت تبين انا أخطأنا فيه وكان الاستيفاء بغير حق غير انه سقط القصاص للشبهة فيجب المال وفي النهاية الصحيح أنه يستأنى في سن البالغ حتى ييأس لانه نادر ولا يفيد تأجيله الى سنة فوق الى البرء لعلم عاقبته وعزاه الى التتمة ولو ضرب سن انسان فحركت يستأنى حولا لينظر أثرفعله ولو سقطت سنه واختلفا قبل الحول فالقول للضارب لانه يفيد التأجيل بخلاف ما اذا نبتت موضعة ثم بياض وقد صارت منقلة حيث يكون القول للضارب لان الموضعة لا ورث المنقلة والتحريك يورث السقوط ولو اختلفا بعد الحول كان القول للضارب لانه منكر وقد مضى الاجل الذي ضرب للتبين ولم تسقط فلا شيء على الضارب ولو اسودت بالضرب أو احمرت أو اخضرت يجب الارش كله لزوال الجمال ولا يجب فيه القصاص لتعذر الامكان وكذا اذا كسر بعضه واسود الباقي أو احمر أو اخضر يجب فيه الارش كاملا ولا يجب فيه القصاص لما قلنا فاوجب في الاسوداد ونحوه كمال الارش ولم يفرق بين سن وسن وقالوا ينبغي أن يفصل بين الاشراس التي لا ترى وبين العوارض التي ترى فيجب في الاول حكومة عدل ان لم يفت به منفعة المضغ وان فات يجب الارش كله وفي الثاني يجب الارش كله كيفما كان لفوات الجمال وان اصفرت يجب فيها حكومة عدل وقال زفر رحمه الله يجب فيها أرش السن كاملا لان الصفرة تؤثر في تفويت الجمال كالسواد ولنا أن الصفرة لا توجب تفويت الجمال ولا تفويت المنفعة فان الصفر تلون السن في أصل الخلقة في بعض

(قوله فصار كالو أتلف مال انسان الخ) وكذا لو قطع غصن رجل فنبتت مكانه آخر لا يبرأ عن الضمان وكذا لو حصد زرعا أو بقلا فنبت مكانه آخر لا يبرأ عن ضمان المحصود والمقلوع اه عمادي ف ٣٢ (قوله ولو سقطت سنه واختلفا قبل الحول) أي فيما سقط بضربه أي اختلفا في سبب السقوط قال الضارب سقطت بضربة غيري وقال المجني عليه بل بضربتك اه معراج (قوله فالقول) أي محمد اه

الناس ولا كذلك السواد والحمرة والخضرة الا أن كمال الجمال في البياض فيجب في الصفرة حكومة عدل وروى محمد عن أبي حنيفة رضي الله عنهما أن الصفرة في الحر لا توجب شيأ وفي العبد توجب حكومة عدل لان الصفرة من ألوان السن والمقصود من السن الانتفاع بها والصفرة لا تخل به فجبر أن المقصود من المماليك المالية وهي قد تنقص بالصفرة وان اختلفا في حصول الاسوداد بضربه فالقول قول الضارب قياسا لانه منكر ولا يلزم من الضرب الاسوداد فصارا كما لو ادعى أنه كان كباره وقد أصل الفعل وفي الاستحسان القول قول المضروب لان ما يظهر عقيب فعل من الاثر يحال على الفعل لانه السبب الظاهر الا أن يقيم الضارب البينة انه بغيره قال رحمه الله (وان ضرب رجلا فاسود لتصم ولم يبق له أثر أو ضرب فجرح فبرأ وذهب أثره فلا أرش) وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله عليه أرش الالم وهو حكومة عدل لان الشين الموجب ان زال فالالم الحاصل لم يزل وقال محمد رحمه الله عليه أجرة الطبيب لان ذلك لزمه بفعله فكأنه أخذ ذلك من ماله وأعطاه للطبيب وفي شرح الطحاوي خبر قول أبي يوسف رحمه الله عليه أرش الالم بأجرة الطبيب والمداواة فعلى هذا الخلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ولابي حنيفة رضي الله عنه أن الموجب هو الشين الذي يلحقه بفعله وزوال منفعته وقد زال ذلك بزوال أثره والمنافع لا تتقوم الا بالعقد كالاجارة والمضاربة بالعصبتين أو بشبهه العقد كالفاسد منهما ولم يوجد شيء من ذلك في حق الجاني فلا تلزمه الغرامة وكذا لمجرد الالم لا يوجب شيأ لانه لا قيمة لمجرد الالم الا ترى أن من ضرب انسانا فاشر يا مؤلما من غير جرح لا يجب عليه شيء من الارش وكذا لو شجه شجا يؤلم قلبه لا يضمن شيأ قال رحمه الله (ولا قود بجرح حتى يبرأ) وقال الشافعي رحمه الله يقتص منه في الحال لان الموجب قد تحقق فلا يؤخر كما في القصاص في النفس ولنا ما روي أنه عليه الصلاة والسلام نهى أن يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه رواه أحمد والدارقطني ولان الجراحات يعتبر فيها مآلها لاحتمال أن يسري الى النفس فيظهر أنه قتل فلا يعلم أنه جرح الا بالبرء فيستقر به قال رحمه الله (وكل عمد سقط فيه قوده لشبهة كقتل الاب ابنه عمدا قتيبته في مال القاتل وكذا ما وجب صلحا أو اعترافا أو لم يكن نصف العشر) أي نصف عشر الدية لما روي عن ابن عباس موقوفا ومرفوعا لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولان العاقلة تتحمل عن القاتل تخفيفا عنه وذلك يليق بالخطأ لانه معذور دون المتعمد لانه يوجب التغليظ والذي وجب بالصلح انما وجب بعقده والعاقلة لا تتحمل ما وجب بالعقد وانما تتحمل ما وجب بالقتل وكذا ما لزمه بالاقرار لانه تحمل العاقلة لان له ولاية على نفسه دون عاقلته فيلزمه دونهم وانما لا تتحمل أقل من نصف عشر الدية لانه لا يؤدي الى الاجحاف والاستئصال بالجاني والتحميل تحرزا عنه فلا حاجة اليه ثم الكل يجب مؤجلا الى ثلاث سنين الا ما وجب بالصلح فانه يجب حالا لانه واجب بالعقد فيكون حالا بخلاف غيره ومادون أرش الموضحة يجب في سنة لانه دون ثلث الدية والثلث ومادونه يجب في سنة وقال الشافعي رحمه الله ما وجب بقتل الاب ابنه يجب حالا لان القصاص سقط شرعا الى بدل فيكون ذلك البدل حالا كسائر المتلفات والتأجيل في دية القتل خطأ ثبت شرعا تخفيفا لانه معذور ولا كذلك العامد فلا يستحق التخفيف فنجب حالا الا ترى أن تحميل العاقلة لما كان تخفيفا عنه لا يستحقه فكذا هذا التخفيف ولان الدية بدل المقتول وحقه في نفسه حال فكذا في البدل تحقيقا لمعنى الجبر ولنا أن هذا مال وجب بنفس القتل فيكون مؤجلا كما اذا وجب بالقتل خطأ أو شبيه عمد أو بالاعتراف بخلاف ما وجب بالصلح لانه مال وجب بالعقد ابتداء فلا يتأجل الا بالشرط كسائر العقود والمعنى فيه أن المتلف ليس بمال والمال ليس بمال لا يضمن بالمال أصلا لانه ليس بقيمة له اذ لا يقوم مقامه وقيمة الشيء ما يقوم مقامه وانما عرفنا تقومه بالمال بالشرع والشرع انما قومه بدية مؤجلة الى ثلاث سنين وايجاب المال الا زيادة على

ما أوجبه الشرع وصفا فلا يجوز كما لا يجوز إيجاب الزيادة على ما أوجبه الشرع قدرا قال رحمه الله (وعمد الصبي والمجنون خطأ وديته على عاقلته ولا تكفير فيه ولا حرمان عن الميراث والمعتوه كالصبي) وقال الشافعي رحمه الله عمده قتب الدية في ماله لان العمد هو القصد وهو متى الطمأنين يتحقق منه الخطأ يتحقق منه العمد ولهذا يؤدب ويعزر والتعزير يركب على فعل يقع عمدا لا خطأ وكان ينبغي أن يجب القصاص الا أنه سقط لشبهة لانهم ليسوا من أهل العقوبة فتجب عليهم موجبه الاخروهو المال لانهم أهل لوجوبه عليهم فصار كقتل الاب لابنه فانه اذا سرقوا لا تقطع أيديهم ويجب عليهم ضمان المال للسرق منه لما قلنا ولهذا وجب عليهم التكفير بالمال لانهم أهل لغرامة المالية دون الصوم لعدم الخطاب وكذا يحرم الميراث عنده بالقتل ولنا أن محمودا قتل على رجل بسيف فضربه فرفع ذلك الى علي رضي الله عنه فجعل عقله على عاقلته بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم وقال عمد وخطؤه سواء ولان الصبي مظنة المرحمة قال عليه الصلاة والسلام من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا والعاقل المخطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على عاقلته فهؤلاء وهم أغرار أولى بهذا التخفيف فتجب على العاقلة فاذا كان الواجب قدر نصف العشر أو أكثر بخلاف ما دونه فلا يسلك بهم سبيل الاموال كالفي الباقع العاقل ولانا لم نحقق العمد منهم لانه عبارة عن القصد وهو يترتب على العزم والعلم بالعقل وهم عديمو العقل أو قاصروه فكيف يتحقق منهم القصد صاروا كالنائم ومرمان الارث عقوبة وهم ليسوا من أهلها والكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب لهم لتستره ولانهم مرفوع القلم ولان الكفارة قد ترتبين العباد والعقوبة بمعنى أن فيها معنى العبادة ومعنى العقوبة ولا تجب عليهم عبادة ولا عقوبة وكذا سبب الكفارة يكون دار ائرين الحظر والاباحة لتكون العقوبة متعلقة بالحظر وفعلهم لا وصف بالجناية لانها اسم لفعل محظور وكل ذلك ينتفي عن الخطاب وهم ليسوا بخاطبين فكيف تجب عليهم الكفارة

(فصل في الجنين) قال رحمه الله (ضرب بطن امرأة فألقت جنينا ميتا تجب فيه غرة نصف عشر الدية) الغرة الخيار غرة المال خياره كالفرس والبعير النجيب والعبد والامة الفارهة وقيل الفاضي ما يجب في الجنين غرة لانه أول ما يقدر ظهوره في باب الدية وغرة الشيء أوله كما سمي أول الشهر غرة وسمي وجه الانسان غرة لانه أول شيء يظهر منه والمراد نصف عشر الدية بدية الرجل ولو كان الجنين ذكرا وفي الاثنى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم ولهذا لا يبين في المختصر أنه ذكر أو أنثى لان دية المرأة نصف دية الرجل فالعشر من دية الرجل نصف العشر من دية المرأة وقيل الفاضي ما يجب في الجنين غرة لانه أول ما يقدر ظهوره في باب الدية وغرة الشيء أوله كما سمي أول الشهر غرة وسمي وجه الانسان غرة لانه أول شيء يظهر منه والمراد نصف عشر الدية بدية الرجل ولو كان الجنين ذكرا وفي الاثنى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم ولهذا لا يبين في المختصر أنه ذكر أو أنثى لان دية المرأة نصف دية الرجل فالعشر من دية الرجل نصف العشر من دية المرأة وقيل الفاضي ما يجب في الجنين غرة لانه أول ما يقدر ظهوره في باب الدية وغرة الشيء أوله كما سمي أول الشهر غرة وسمي وجه الانسان غرة لانه أول شيء يظهر منه والمراد نصف عشر الدية بدية الرجل ولو كان الجنين ذكرا وفي الاثنى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم ولهذا لا يبين في المختصر أنه ذكر أو أنثى لان دية المرأة نصف دية الرجل فالعشر من دية الرجل نصف العشر من دية المرأة

أبو حنيفة رحمه الله عن كفارة القتل جاز لان الظاهر منه سلامة الاعضاء اه غاية (قوله أو ولدية) قال ابن الاثير الوليد هو الطفل فعيل بمعنى مفعول ثم قال والجمع ولدان والانثى وليدة والجمع الولائد وقد تطلق الوليدة على الجارية والامة وان كانت كبيرة اه (قوله وهي على العاقلة عندنا) لانها مقدرة بخمسمائة درهم والعاقلة تعقل خمسمائة درهم ولا تعقل ما دونها اه اتقاني (قوله قال رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالغرة الخ) قال الاتقاني وأوجبنا الغرة بالحديث وهو ما روى محمد بن الحسن في موطئه عن حماد عن إبن شهاب عن

لا يكون أهلا لوجوب الحق عليه فأما بعد ما ولد فهو ذمة صالحة ولهذا لو أتلف على مال انسان فأتلفه صار ضامنا ويلزمه مهر امرأته بعقد أولى عليه اه اتقاني وكتب على قوله الجنين والجنين هو الولد في بطن الام سمي به لاجتنانه أي لاستتاره في البطن اه اتقاني (قوله وقيل الفاضي ما يجب في الجنين غرة الخ) قال في شرح الكافي والفاضي الغرة غرة لانه أقل المقادير في الديات وأقل الشيء أوله في الوجود وسمي غرة لمعنى الأولية ولهذا سمي أول الشهر غرة لانه أول ما يبدو عند الناظر اه غاية (قوله والقياس أن لا يجب شيء في الجنين) لانه يحتمل أن مات بفعله ويحتمل أنه كان ميتا قبل ذلك فلا يجب الضمان بالشك لانه لا يجب شيء في أجنة البهائم لاخراج أن من ضرب شاة فألقت جنينا ميتا كان عليه نقصانها ولو سمي عليه في الجنين اه غاية (قوله والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق) أي للالزام والخاصة به لان الظاهر يعتبر اذا لم يكن فيه الزام الغير كالذي في وضع أحد

بدل النفس وتجب في سنة وقال الشافعي رحمه الله في ثلاث سنين لانه بدل النفس الا ترى أنه يورث وبدل العضو يكون لصاحب العضو ولنا ماروى عن محمد بن الحسن أنه قال بلغنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالغرة على العاقلة في سنة ولانه ان كان بدل النفس من حيث انه تقضى على حدة فهو بدل العضو أيضا من حيث الاتصال بالام فعلينا بالشهرين بالاول في حق التوريث وفي وجوب الدية وان لم يحصل بالام نقصان وبالثاني في حق التأجيل الى سنة لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية أو أقل يجب في سنة واحدة بخلاف أجزاء الدية حيث يجب كل جزء منها في ثلاث سنين حتى لو قتل عشرة أنفس يجب على عاقلة كل واحد منهم عشر الدية ويستوي في الجنين الذكر والانثى لاطلاق ماروينا ولان التفاوت في الاحياء انما ثبت لتفاوت معنى الآدمية في المالكية فان الذكر يملك المال والنكاح والانثى لا تملك سوى المال فكان الذكر أزيد فيها وهو الذي هو خاص الآدمية وهذا المعنى في الجنين معدوم اذ لا يملك ولا يستحق سوى الاعتاق ووراثة أبيه والنسب ولا يستحق شيأ من المال الا بطريق الارث والوصية فيستوي الذكر والانثى فيها ولانه لا تعلم أيهما الذكر من الانثى فيتقدر الكل بمقدار واحد تيسيرا قال رحمه الله (فان ألقته حيا فمات فدية) أي تجب دية كاملة لانه ألقى آدميا خطأ وشبه عمد فتجب فيه الدية كاملة قال رحمه الله (وان ألقته ميتا فمات فلا شئ) لما روينا ولانه لم يعش حتى تجب عليه موجبها وهذا لما عرف أن الفعل يتعدد بتعدد أثره مصار كما اذا رمى شخصا فأصاب شخصا ونفذ منه الى آخر فقتله فانه يجب عليه ديتان ان كانا خطأ وان كان الاول عمدا يجب القصاص والدية قال رحمه الله (وان ماتت فألقته ميتا فادية فقط) وقال الشافعي رحمه الله تجب الغرة مع الدية لان الجنين مات بضربه بظاهر انصار كما اذا ألقته ميتا وهي بالحياة ولنا أن موت الام سبب لموته ظاهرا لان حياته بحياتها وتتغذى بغذائها فيتحقق عوتها فلا يكون في معنى ماورد به النص اذ الاحتمال فيه أقل فلا يضمن بالشك وان ألقته حيا بعد ما مات يجب عليه ديتان دية الام ودية الولد لانه قتلها حقيقة كما اذا ألقته حيا وماتا قال رحمه الله (وما يجب فيه يورث عنه ولا يرث الضارب فأوضرب بطن امرأته فألقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث منها) وانما يورث لانه نفس من وجه على ما مر وانما الغرة بدله فيرثها ورثته ولا يرث الضارب من الغرة شيأ لانه قاتل مباشرة فظلا ولا ميراث للقاتل بهذه الصفة قال رحمه الله (وفي جنين الامة نوقا ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو أنثى) وقال الشافعي تجب فيه عشر قيمة الام لانه جزء من وجه وضمان الاجزاء يؤخذ مقدارهن الاصل ولهذا وجب في جنين الحرة عشر ديتها بالاجماع وهو الغرة

بدل النفس ويجب في سنة وقال الشافعي رحمه الله في ثلاث سنين لانه بدل النفس الا ترى أنه يورث وبدل العضو يكون لصاحب العضو ولنا ماروى عن محمد بن الحسن أنه قال بلغنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالغرة على العاقلة في سنة ولانه ان كان بدل النفس من حيث انه تقضى على حدة فهو بدل العضو أيضا من حيث الاتصال بالام فعلينا بالشهرين بالاول في حق التوريث وفي وجوب الدية وان لم يحصل بالام نقصان وبالثاني في حق التأجيل الى سنة لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية أو أقل يجب في سنة واحدة بخلاف أجزاء الدية حيث يجب كل جزء منها في ثلاث سنين حتى لو قتل عشرة أنفس يجب على عاقلة كل واحد منهم عشر الدية ويستوي في الجنين الذكر والانثى لاطلاق ماروينا ولان التفاوت في الاحياء انما ثبت لتفاوت معنى الآدمية في المالكية فان الذكر يملك المال والنكاح والانثى لا تملك سوى المال فكان الذكر أزيد فيها وهو الذي هو خاص الآدمية وهذا المعنى في الجنين معدوم اذ لا يملك ولا يستحق سوى الاعتاق ووراثة أبيه والنسب ولا يستحق شيأ من المال الا بطريق الارث والوصية فيستوي الذكر والانثى فيها ولانه لا تعلم أيهما الذكر من الانثى فيتقدر الكل بمقدار واحد تيسيرا قال رحمه الله (فان ألقته حيا فمات فدية) أي تجب دية كاملة لانه ألقى آدميا خطأ وشبه عمد فتجب فيه الدية كاملة قال رحمه الله (وان ألقته ميتا فمات فلا شئ) لما روينا ولانه لم يعش حتى تجب عليه موجبها وهذا لما عرف أن الفعل يتعدد بتعدد أثره مصار كما اذا رمى شخصا فأصاب شخصا ونفذ منه الى آخر فقتله فانه يجب عليه ديتان ان كانا خطأ وان كان الاول عمدا يجب القصاص والدية قال رحمه الله (وان ماتت فألقته ميتا فادية فقط) وقال الشافعي رحمه الله تجب الغرة مع الدية لان الجنين مات بضربه بظاهر انصار كما اذا ألقته ميتا وهي بالحياة ولنا أن موت الام سبب لموته ظاهرا لان حياته بحياتها وتتغذى بغذائها فيتحقق عوتها فلا يكون في معنى ماورد به النص اذ الاحتمال فيه أقل فلا يضمن بالشك وان ألقته حيا بعد ما مات يجب عليه ديتان دية الام ودية الولد لانه قتلها حقيقة كما اذا ألقته حيا وماتا قال رحمه الله (وما يجب فيه يورث عنه ولا يرث الضارب فأوضرب بطن امرأته فألقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث منها) وانما يورث لانه نفس من وجه على ما مر وانما الغرة بدله فيرثها ورثته ولا يرث الضارب من الغرة شيأ لانه قاتل مباشرة فظلا ولا ميراث للقاتل بهذه الصفة قال رحمه الله (وفي جنين الامة نوقا ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو أنثى) وقال الشافعي تجب فيه عشر قيمة الام لانه جزء من وجه وضمان الاجزاء يؤخذ مقدارهن الاصل ولهذا وجب في جنين الحرة عشر ديتها بالاجماع وهو الغرة

على الانثى في الجناب الغرة لان الحديث ورد باسم الجنين مطلقا ومطلقه يشمل الجميع اه اتقاني (قوله ولهذا وجب في جنين الحرة عشر ديتها الخ) قال في الكافي ولنا أن الضمان انما وجب من حيث كونه أصلا في نفسه لا من حيث كونه جزأ فان ضمان الجزء انما يجب عند ظهور النقصان في الاصل وهنا بخلافه واذا كان بدل نفسه فكان تقديره أولى لان الضمان يجب جبرا للفائت والمقتول هو الجنين فكان اعتبار قيمته أولى من اعتبار قيمة أمه جبرا اه وجبنا عشر القيمة أو نصف عشر القيمة اعتبارا بجنين الحرة فانه تام يجب نصف عشر الدية ان كان ذكرا أو عشر الدية ان كان أنثى وهو خمسمائة درهم القيمة في المماليك كالدية في الاحرار فيجب اعتبار الدية بالقيمة فيؤدي الى هذا ضرورة فان قيل فيه تفضيل الانثى على الذكر لان عشر قيمته اذا كان ذكرا وهو الدية بفضل الذكر على الانثى ولا يفضل الانثى على الذكر قلنا هذا تسوية في الحقيقة والتسوية جائرة بيننا بالاتفاق وهذا لان القيمة هنا كالدية ودية الانثى على النصف من دية الذكر فصار العشر من الذكر والتفضيل انما يجب عند تفاوت المال بتفاوت المالكية وهذا يكون في المنفصل لا في الآبق لانه لا مالكية في الجنين وانما يجب ضمان الجنين باعتبار قطع النشوء والانثى في معنى النشوء فاذا الذكر وربما تكون الانثى أسرع نشوا كما بعد الانفصال فلهذا جوزنا تفضيل الانثى على الذكر لتصور اه وقال في الفتاوى الظهيرية وفي جنين المملوك نصف عشر قيمته ان كان ذكرا وعشر قيمته ان كان أنثى وهما في المقدار سواء من حيث الشرع لقيام قيمة كل واحد منهما بمقام الدية فيثبتان لا معتبر بالتفاوت اه وقال صاحب الهداية في كتاب المسخ مختارات النوازل وفي جنين الامة ان كان ذكرا نصف عشر

فيجب لو كان حيا وعشر قيمته لو كان أنثى اعتبارا بالحران الفرق فيه لصف عشر دية الذكر وعشر دية الانثى الا أن الدية مقدرة والقيمة غير مقدرة فتفاوتت عشر تين الامة بتفاوت القيمة اه وقال في شرح الدرر والمعنى (١٤١) بالفرق عند قول المصنف فتختلف قيمته حيا

وعشرها أنثى لان تقدير الشرع للوارث في جنين حر بعشر دية حرة ولم يرد في جنين رقيق وجب التقدير فيه من القيمة لانها في المماثلة كالدية ففي قوله فيما بين ذكورته وأنوثته أخذ بالاقل المتيقن والمعتبر في القيمة حال الولادة وتصرف الى سيده اه (قوله وأما اذا كان من أحدهما الخ) وجنين المسلمة والكافر سواء وبه صرح في شرح الطحاوي اه اتقاني (قوله وقال بعض الاسلام) أي البزدوي في شرح الجامع الصغير اه اتقاني (فرع) قال الفقيه أبو الليث وأبدى بكر محمد رحمه الله في الجامع الصغير أن القيمة تكون للمولى وأن تكون ميراثا من المضروب فيجوز أن تكون القيمة ميراثا لان المولى لما أعتقه فقد بطل حق نفسه فصار في الميراث حكمه حكم الاحرار ويجوز أن يقال ان القيمة للمولى لأنها واجب على القاتل القيمة صار كأن الرجل قتل مملوكه لان وجوب الضمان استدانى الضرب

ولنا أنه بدل نفسه فلا يقدر بغيره اذ لا تظيره في الشرع والدليل على انبدل نفسه أن الامة أجعت على انه لا يشترط فيه نقصان الاصل ولو كان ضمان الطرف لما وجب الا عند نقصان الاصل وبهذا تبين أن ما يجب في جنين الحر تمورث ولو كان بدل الطرف لما ورث والحر والعبد مختلفان في ضمان الطرف لانه لا يورث وانما يختلفان في ضمان النفس ولو كان ضمان الطرف لما ورث في الحر فاذا ثبت أنه ضمان النفس كان دية مقدرة بتقدير الجنين لا بنفس غيره كما في سائر المضمونات ولانا لم أن الغرة مقدرة بدية الاقل بدية نفس الجنين أن لو كان حيا فيجب نصف عشر دية ان كان ذكرا وعشر دية ان كان أنثى فكذا في جنين الامة يجب بتلك النسبة من قيمته لان كل ما كان مقدرا من دية الحر نهو مقدر من قيمة العبد فيجب نصف عشر قيمته ان كان ذكرا وعشر قيمته ان كان أنثى وعن أبي يوسف أنه يجب ضمان نقصان الام لان انتقاص ذلك اعتبار بجنين البهائم وهذا على أصله يستقيم لان الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده مطلقا ولهذا يجاوز به دية الحر عنده والاول هو الظاهر اعتبارا بالحر لان الوجوب للصيانة وهذا في الحاجة الى اسواء هذا اذا كان الجنين من غير مولاها ومن غير المغرور وأما اذا كان من أحدهما ففيه الغرة المذكورة في جنين الحر ذكرا كان أو أنثى لانه حر قال رحمه الله (فان حز رجل رقبته بعد ضربه ما ألقته ميتا فقيمته حيا ولا تجب الدية وان مات بعد العتق) لان الوجوب بالضرب والضرب صادفه وهو رقيق فتجب قيمته حيا لانه صار قاتلا له وهو حي فاعتبرنا حاله في السبب والتلف فأوجبنا عليه القيمة باعتبار حالة السبب وهو الضرب لانه رقيق حينئذ وأوجبنا عليه جميع قيمته باعتبار حالة التلف كأنه ضربه في الحال وكان ينبغي أن يجب ما نقص بضربه الى أن وجد العتق كما وقع يد عبد أو رجله فأعتقه المولى ثم مات يجب عليه أرش اليد والجرح وما نقص من قيمته الى العتق لان العتق يقطع السراية لكن اعتبر فيه الحالتان بجعل كأن الضرب لم يوجد في حق الجنين لان المقصود بالضرب الام وأوجب القيمة دون الدية لانه صار قاتلا له بالضرب الاول فصار كأن ورى عبدا فأعتقه المولى ثم وقع عليه السهم فمات فانه تجب عليه القيمة للمولى لان الرمي ليس بجناية ما لم يتصل بالمحل فلا يجب فيه شيء بدون الاتصال بخلاف القطع والجرح لانه جناية في الحال والعتق يقطع السراية ومع هذا تجب القيمة دون الدية لانه بصيرورته قاتلا له من وقت الرمي لانه الفعل المباح له وقال فخر الاسلام قال بعض مشايخنا معنى قوله ضمن أي الدية وقوله ولا تجب الدية ليس هو من الجامع الصغير ووجهه أن الضرب وقع على الام فهو يعتبر جناية في حق الجنين الا بعد الانفصال حيا وذلك لم يتحقق سراية بخلاف من جرح فأعتقه مولاه وقال بعضهم بل المراد به حقيقة القيمة لان الجناية قد تقدمت منه لكن لا تعتبر في حق الجنين مقصودا الا بعد الانفصال فأشبه الرمي الذي تم من الراعي ولا يعتبر في حق المرمى اليه الا بعد الاصابة وقيل هذا عند هما وعند محمد تجب قيمته ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب لان العتق قاطع السراية قال رحمه الله (ولا كفارة في الجنين) وقال الشافعي تجب الكفارة لانه نفس من وجه فتجب احتياطا لما فيها من معنى العبادة ولنا أن الكفارة فيها معنى العقوبة لانها تسقط بعذر اجزة وفيها معنى العبادة لانها تتأدى بالصوم وقد عرف وجوبها في النفوس المطلقة فلا يتعداها لان العقوبة لا يجري فيها القياس وقول الشافعي منتاقض فيه لانه كان ينبغي وجوب حرأة أحق أو وجب عليه عشر قيمة الام وهنا اعتبر نقصانها أو وجب عليه الكفارة وتقرن اعتبر احرأة من وجه ولهذا لم يجب فيه كل البدل فكذا لا تجب فيه الكفارة لان الاعضاء لا كفارة فيها الا اذا تبع بها هو لانه اذا ركب منظورا فاذا تقرب بها الى الله تعالى

ووقت الضرب كان مملوكا كذا قال الفقيه اه اتقاني قوله فصار في الميراث حكمه حكم الاحرار وهو قياس قول الائمة الثلاثة اه كاكي

(١) وأما فوله لا كفارة على الضارب فلان القتل غير متعقق بجواز ان الحياة لم تخلق فيه والكفارة انما تجب

(١) هكذا بياض بالاصل

[illegible] على المقتول موسر لما مشى بالغرة لما ذكرا الكفارة ولو وجبت الكفارة لذكرها اه اتقاني (قوله ولانه مولد في حق الاحكام كالامومية للولد) أي اذا اقتطاه المولى له غاية (قوله في المتن وان شربت دواء لتطرحه الخ) قال في الفتاوى الصغرى المرأة اذا شربت بطن نفسها بمشمدة أو شربت دواء لتسقط ولدها فسقط يضمن عاقلتها الغرة ونقله عن الزيادات وقال في الواقعات في باب الجنايات امرأة شربت دواء لتسقط ولدها عمدا فألقت جنينا حيا ثم مات فعلى عاقلتها الدية في ثلاث سنين ان كان لها عاقلة فان لم يكن فذلك في مالها ولا ترث منه شيأ وعليها الكفارة ولو ألقت (١٤٣) جنينا ميتا تجب الغرة على العاقلة في سنة واحدة ولو كان الشرب لاصلاح البدن فلا شئ عليها ولا ترث منه شيأ اه اتقاني

كان أفضل له ويستغفر الله تعالى مما صنع من الجريمة العظيمة والجنين الذي استبان بعض خلقه كالتام في جميع ما ذكرنا من الاحكام لاطلاق ما روينا ولانه مولد في حق الاحكام كالامومية للولد وانقضاء العدة به والنفاس وغير ذلك فكذا في حق هذا الحكم ولانه يتيمز من العلقة والدم ولا بد منه قال رحمه الله (وان شربت دواء لتطرحه أو عالجت فرجها حتى أسقطت ضمن عاقلتها الغرة ان فعلت بلا اذن) لانها أتلفته متعدية فيجب عليها ضمانه وتتحمل عنها عاقلتها لما بينا ولا ترث هي من الغرة شيأ لانها قاتلة بغير حق والقاتل لا يرث بخلاف ما اذا فعلت ذلك باذن الزوج حيث لا تجب الغرة لعدم التعدي ولو فعلت أم الولد ذلك بنفسها حتى أسقطت فلا شئ عليها لما مر فتسقط لاستهلاكه وجوب الدين على المماليك لسيده ولو استحقت وجب للمولى غرة لانه تبين أنه ليس بما قالته وانه مغرور ولولد المغرور حر الاصل وهي متعدية بذلك الفعل فصارت قاتلة لجنين فتجب الغرة له ويقال للمحق ان شئت سلم الجارية وان شئت افدها لانه الحكم في جناية المماليك والله أعلم

﴿باب ما يحدثه الرجل في الطريق﴾

قال رحمه الله (ومن أخرج الى طريق العامة كنيفا أو ميزابا أو بوريا أو دكانا فلكل أحد) أي لكل أحد من أهل الخصومة مطالبته بالنقض كالسلم البالغ العاقل الحر والذي لان لكل منهم المرور بنفسه ودوابه فيكون له الخصومة بنقضه كما في الملك المشترك بخلاف العبد والصبان المحجور عليهم حيث لا يؤمر بالهدم بمطالبتهم لان خصومة المحجور عليه لا تعتبر في مالهم بخلاف الذمي هذا اذا رفع دعواه الى المسلمين كالمسجد وغيره فلا ينقض كذا روى عن محمد رحمه الله وقال اسمعيل الصفار انما ينقض بخصومته اذا لم يكن له مثل ذلك فان كان له مثله لا يلتفت الى خصومته لانه لو أراد به ازالة الضرر عن الناس لبدأ بنفسه وحيث لم يزل ما في قدره علم أنه متعنت ثم الكلام في هذه المسئلة في ثلاث مواضع أحدها في أنه هل يحل له احداثه في الطريق أم لا والثاني في الخصومة في منعه من الاحداث فيه ورفعه بعده والثالث في ضمان ما تلف بهذا الشبه أما الاحداث فقد قال شمس الائمة رحمه الله ان كان الاحداث يضر بأهل الطريق فليس له أن يحدث ذلك فان كان لا يضر بأحد لسعة الطريق جازله احداثه فيه مالم يمنع منه لان الانتفاع في الطريق بالمرور فيه من غير أن يضر بأحد جائز فكذا ما هو مثله فيطلق به اذا احتاج اليه واذا أضر بالمارة لا يحل له لقوله عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام وهذا لضرر من عليه الدين فانه لا يمنعه الناس أحيانا طالبه صاحبه ولو لم يطالبه جازله تأخيره وعلى هذا القعود في الطريق للبيع والشراء يجوز ان لم يضر بأحد وان أضر لم يجز لما قلنا وأما الخصومة فيه فقال أبو حنيفة رحمه الله لكل أحد من عرض الناس أن يمنعه من الوضع وأن يكلفه الرفع بعد الوضع سواء كان فيه ضرر أو لم يكن اذا وضع بغير اذن الامام لافتياته على رأيه لان التدبير في أمور العامة الى الامام وعلى قول أبي يوسف

﴿باب ما يحدثه الرجل في الطريق﴾

لما فرغ من بيان أحكام القتل بالمباشرة شرع في بيان أحكام القتل بطريق التسبيب والضرب على بطن المرأة مباشرة في قتل الجنين وقدم المباشرة لانه قتل بلا واسطة والتسبيب بالواسطة ولان القتل بالمباشرة أكثر وقوعا فكان أمس حاجة الى معرفة أحكامه اه كاكي قوله لانه قتل بلا واسطة أي فكان أصلا اه (قوله أو بوريا) الجرمن جذع يخرجه الانسان من الحائط الى الطريق ليبنى عليه وقمره الفقيه أبو الليث بالبرج الذي يكون في الحائط وقال فخر الاسلام اختلف فيه فقال بعضهم هو البرج وقال بعضهم هو مجرى ماء مركب في الحائط نافع كيفما كان فهو يشغل حق المسلمين وهو فارسي معرب اذليس في العربية كلام على هذا التركيب أعني الجيم والراء والصاد بل مهمل في كلامهم اه اتقاني (قوله كالملك المشترك) رجمه أي فان لكل واحد من الشركاء حق النقض فيما أحدثه غيره فيه اه (قوله لان خصومة المحجور عليه الخ) فكذا في حق غيره كذا في الدراية نقلا عن المبسوط اه (قوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار في الاسلام) الحديث كما أثبت في القدوس لا ضرر ولا ضرار في الاسلام أي لا يضر الرجل أخاه بابتداء ولا جزاء لان الضرر بمعنى الضر وهو يكون من واحد والضرار من اثنين بمعنى المضارة وهو أن تضر من ضرك اه مغرب (قوله فقال أبو حنيفة لكل أحد من عرض الناس) وفي الجوهرة ضربت عرض الحائط وعرض المجلس

رحمه الله لكل أحد أن يمنعه من الوضع قبل الوضع لا بعده لانه بالوضع صار في يد مخاصمة والذي يخاصمه بعد ذلك يريد ابطال يده الخاصة من غير دفع ضرر عن نفسه فيكون متعنتا ولا كذلك قبل الوضع لانه ليس فيه ابطال يده الخاصة ولكل أحد فيه والذي يريد الاحداث يقصد ابطال أيديهم العامة وادخاله في يده الخاصة فكان لكل أحد أن يمنعه من ذلك وعلى قول محمد رحمه الله فليس لاحد أن يمنعه قبل الوضع ولا بعد اذا لم يكن فيه ضرر بالناس لانه أذن له في احداثه شرعا ألا ترى أنه يجوز له ذلك ان لم يمنعه أحد والمانع منه متعنت فلا يمكن من ذلك فصار كما لو أذن له الامام بل أولى لان اذن الشارع أحرى وولايته أقوى فصار كالمرور وحق لا يجوز لاحد أن يمنعه منه وجوابه أن هذا انتفاع بما لم يوضع له الطريق فكان لهم منعه وان كان ضررا في نفسه بخلاف المرور فيه لانه انتفاع بما وضع له فلا يكون لاحد منعه قال رحمه الله (وله التصرف في النافذ اذا لم يضر) أي له أن يتصرف باحداث الجرصن وغيره مما تقدم ذكره في الطريق النافذ اذا لم يضر بالعامة معناه اذا لم يمنعه أحد وقد ذكرناه والخلاف الذي فيه فلا نعيده قال رحمه الله (وفي غيره لا تصرف الا باذنهم) أي في غير النافذ من الطرق لا يتصرف أحد باحداث ما ذكرنا الا باذن أهل تلك الطرق التي ليست بنافذة مملوكة لاهلها فهم شركاء ولهذا يستحقون بها الشفعة والتصرف في الملك المشترك من الوجه الذي لم يوضع له لا يملك الا باذن الكل أضرّ بهم أو لم يضر بخلاف النافذ لانه ليس لاحد فيه ملك فيجوز الانتفاع بما لم يضر بأحد ولانه اذا كان الطريق نافذا كان حق العامة فيه متعذرا الوصول الى اذن الكل فجعل كل واحد كأنه هو المالك وحده في حق الانتفاع بما لم يضر بأحد ولا كذلك غير النافذ لان الوصول الى رضاهم ممكن فبقي على الشركة حقيقة وحكما قال رحمه الله (فان مات أحد بسقوط هذه الدنيه على عاقلته كما لو حفر بئرا في طريق أو وضع حجرا فتلف به انسان) أي اذا مات انسان بسقوط ما ذكر من كنيف أو ميزاب أو حرمن قدنيه على عاقلة من أخرجه الى الطريق لانه متسبب لهلاكه متعدّ في احداث ما يتضرر به المارّة باشغال هواء الطريق به أو باحداث ما يعثر به بينهم وبين الطريق وكذا اذا عثر بنقنبه انسان ولو عثر بأحد ثه هو رجل فوقع على آخر فمات فانه يتهما على عاقلة من أحدثه لان الواقع كالمدفوع على الآخر ولو سقط الميزاب فأصاب ما كان في الداخل رجلا فقتله فلا ضمان على أحد لانه وضع ذلك في ملكه فلا يكون متعدّيا فيه وان أصابه ما كان خارجا منه فالضمان على من وضعه لانه متعدّ فيه بشغل هواء الطريق ولو أصابه الطرفان وعلم ذلك وجب النصف وهدر النصف فصار كما لو جرحه انسان وسبع ومات منهما ولو لم يعلم أي طرف أصابه ففي القياس لا يجب عليه شيء لانه ان أصابه ما كان خارجا بعض وان أصابه ما كان داخلا لا يضمن فلا يضمن بالشك لان فراغ ذمته كان ثابتا بيقين وفي الشغل شك وفي الاستحسان يضمن النصف لانه في حال يضمن الكل وفي حال لا يضمن شيأ فيضمن النصف ولا يقال ينبغي أن يضمن ثلاثة أرباع الدية لانه يضمن في حال النصف وهو ما اذا كان أصابه الطرفان فينتصف فيكون مع النصف الاول ثلاثة أرباع لان أحوال الاصابة بمثابة واحدة فلا تتعدد لاستحالة اجتماعها بخلاف حالة الحرمان ولو أشرع جناحا الى الطريق ثم باع الكل فأصاب الجناح رجلا فقتله أو وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وتركها المشتري حتى عطب بها انسان فالضمان على البائع لان فعله لم ينسخ زوال ملكه وهو الموجب بخلاف الحائط المائل اذا باعه بعد الاشهاد عليه ثم سقط في ملك المشتري على انسان حيث لا يضمن البائع ولا المشتري لان المشتري لم يشهد عليه وهو شرط في الحائط المائل وفي حق البائع قد بطل الاشهاد الاول لان الملك شرط لصحة الاشهاد فيبطل بخروجه عن ملكه لانه لا يمكن من نقض ملك الغير وفيما نحن فيه انما يضمن باشغال هواء الطريق لا باعتبار الملك والاشغال باق بعد البيع فيضمن لانوى أن ذلك الاشغال لو حصل من غير مالك كلصٍّ جرأ أو المستعير أو الغاصب يضمن وفي الحائط لا يضمن غير المالك ولو وضع في الطريق جرا

وكذلك عرض النهر أي ناحيته وأراد به هنا أضعف الناس وأرذلهم اه اتقاني (قوله وعلى قول محمد الخ) وفي العمادية يحكى الخلاف بين الصاحبين على عكس هذا اه (قوله والمانع منه متعنت) وانتعنت هو الذي يخاصم فيما لا ضرر فيه لنفسه أو لغيره اه اتقاني (قوله لا يملك الا باذن الكل) قال الاتقاني ليس له أن يفعل ذلك سواء أضرّ بهم أو لم يضر الا أن يأذنوا له وهم كلهم بالغون اه (قوله في المتن فان مات أحد سقوطها فدينه على عاقلته) ولا يجب عليه الكفارة ولا يحرم الارث كما سيجيء في الصفحة الآتية في أثنائها وآخرها اه (قوله لان الواقع كالمدفوع على الآخر) يعني يصير المحدث في الطريق كالدافع للعاثر على الذي سقط العاثر عليه اه (قوله لان أحوال الخ) جواب لا يقال اه (قوله ثم باع الخشبة) يريد اليه منها اه هداية

(قوله فأحرق شيأ لا يضمن) وكذلك كل شئ وضعه في الطريق فتلف من ذلك الموضع فقد برئ من الضمان لانه لا يتيقن أثر الفعل الاول وهو كونه موضوعا في ذلك المكان لاعتراض فعل آخر عليه فانقطعت النسبة كذا في شرح الكافي اه اتقاني (قوله وقيل اذا كان اليوم يحابي ضمن) يعني اذا كانت الريح متحركة حين ومنع الجار على الطريق ثم حركت الريح الجار عن مكانه فأحرق شيأ يضمنه وهو اختيار الامام السرخسي وكان شمس الائمة الحلواني لا يقول بالضمان اذا حركته الريح عن مكانه من غير تفصيل اه اتقاني

فاحترق هي يضمنه لانه متعد فيه ولو سكنت الريح عينا بجر قوله الى موضع آخر فاحرق شيأ لا يضمن لسبق الريح فعله بالتحويل وان حركت الشرار يضمن عند بعضهم لان العين باقية فلم يسبق فعله فكانت الجناية باقية وقيل اذا كان اليوم يحابي يضمن وان حولته لانه فعل ذلك مع علمه بعاقبته وقد أفضى الى ما يضمن كما لو شرع أو عزقة دابة جالت في دارها ولو استأجر رب الدار الفعلة لاخراج الجناح أو أقفلة فوقع قبل أن يفرغوا من العمل فقتل انسانا أما الضمان عليهم لان التلف بفعلهم لان العمل لم يكن مسلما الى رب الدار قبل فراغهم منه فانقلب فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة و يحرمون من الارث بخلاف ما تقدم من المسائل من اخراج الجناح أو الميزاب أو الكنيف الى الطريق فقتل انسانا بسقوطه حيث لا يحب فيه الكفارة ولا يحرم الارث لانه تسبيب وهنا مباشرة والقتل غير داخل في عقده فلم يستند فعلهم اليه فانقصر فعلهم و قال شيخ الاسلام رحمه الله هذا على وجوه لما أن قال لهم ابنوا لي جناحا على فناء داري فانه ملكني أولى فبنيه حتى اشرع الجناح من القديم ولم يعلموا الفعلة ثم ظهر بخلاف ما قال ثم سقط فأصاب شأ فأتلفه ضمان على الآمر اعورير جعون بالضمان على الآمر قياسا واستحسانا سواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده لان الضمان وجب على العامل بأمر الآمر فكأنه أن يرجع به عليه كما لو استأجر شخصا ليذبح له شاة ثم استحقت الشاة بعد الذبح كان للمستحق أن يضمن الذابح و يرجع الذابح به على الآمر فكذا هذا ولما أن قال لهم أشرعوا لي جناحا على فناء داري وأخبرهم أنه ليس له حق الاشراع في القديم أولم يخبرهم حتى نووا ثم سقط فأتلف شأ ان سقط قبل الفراغ من العمل فالضمان عليهم ولم يرجعوا به على الآمر قياسا وان سقط بعد الفراغ من العمل فكذا في جواب القياس لان المستأجر هم بما لا يملك مباشرته بنفسه وقد علموا فساد أمره فقد حكموا بالضمان على المستأجر كما لو استأجر رجلا ليذبح شاة جاره وأعلمه فذبح ثم ضمن الذابح للجار لم يرجع به على الآمر وكذا لو استأجرهم لينوله بيتا في وسط الطريق ثم سقط فأتلف شأ لم يرجعوا به على الآمر وفي الاستحسان يكون الضمان على الآمر لان عند الامر صحيح من حيث انه فناء داره مملوك له من وجه على معنى أنه يباح له الانتفاع بشرط السلامة لكن غير صحيح وغير معلوم له من حيث انه لا يجوز بيعه فمن حيث ان الامر صحيح يكون قرار الضمان على الآمر بعد الفراغ من العمل ومن حيث انه فاسد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ من العمل عملا بهما واظهارا لشبهة الصحة بعد الفراغ من العمل أولى من اظهارها قبل الفراغ لان أمر الآمر انما يصح من حيث انه يملك الانتفاع بفنائه داره وانما يحصل له ذلك بعد الفراغ من العمل قوله كالو حفر بئرا في طريق أو وضع حجرا فتلف به انسان أي القتل يسقط المراب ونحوه كما تقتل بحفر البئر ومن حفر في الطريق لان كل واحد منهم قاتل بسبب حتى لا تجب فيه الكفارة ولا يحرم الميراث فيكون حكمه حكمه فيما ذكرنا قال رحمه الله (ولو جنت بهيمته على ماله) أي لو كان الهالك في البئر أو بسقوط الحجر من بهيمة يكون ضمانها في ماله لان العاقلة لا تتحمل ضمان المال والقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة القاء الحجر والخشبة لان كل ذلك تسبيب بطريق التعدي بخلاف ما اذا كان في ملكه لعدم التعدي و بخلاف ما اذا كنس الطريق فعطب به وضع كنسه انسان حيث لا يضمن لانه ليس بمتعد فيه لانه لم يحدث فيه شيأ

أي عمن القاه الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان قاله الشارح فيما سيأتي عند قوله ومن جعل بالوعة الخ اه واما (قوله لان العاقلة لا تتحمل ضمان المال) قال الاتقاني لان العاقلة لا تتحمل غير الآدمي كالدبون قال الكرخي في مختصره فما كان من جنايته بفعله في بني آدم فهو مضمون على العاقلة اذا بلغ القدر الذي عرفت ان العاقلة تتحمله وما لم يبلغ ذلك فهو في ماله وما كان من جناية على غير بني آدم فهو في ماله دون عاقلته اه

وانما فصد ماطة الاذى عن الطريق حتى لو جمع الكناسة فى الطريق وتعقل به انسان ضمن لوجود التعدى بشغله الطريق ولو وضع حجرا فتعداه غيره عن موضعه تخلصت نفس أو مال كان ضمانه على من نحاه لان فعل الاول قد انتسخ وكذا اذا حبس الماء فى الطريق أو وتد أو عطب به نفس أو مال يضمن لانه متعد فيه بخلاف ما اذا فعل ذلك فى سكة غير نافذة وهو من أهلها أو قعد فيه أو وضع خشبة أو متاعه لان لكل أحد من أهلها أن يفعل ذلك لكونه من ضرورات السكنى كما فى الدار المشتركة بخلاف الحفر فانه ليس من ضرورات السكنى فيضمن ما عطب به كالدار المشتركة غير أنه لا يضمن فى السكة ما نقص بالحفر وفى الدار المشتركة يضمن لان الشريك ملكا حقيقة فى الدار حتى يبيع نصيبه ويقسم بخلاف السكة قالوا هذا اذا نقص ماء كثيرا بحيث تزلق فيه عادة وأما اذا لم يجاوز المعتاد لا يضمن ولو تعمد المرور فى موضع الصب مع علمه بذلك لا يضمن لان الراش لانه هو الذى خاطر بنفسه فصار كمن وثب فى البئر من جانب الى جانب فوقع فيها بخلاف ما اذا كان بغير علمه بان كان ليلا أو أعمى وقيل يضمن مع العلم أيضا اذا راش جميع الطريق لانه مضطر الى المرور فيه وكذلك الحكم فى الخشبة الموضوعة فى الطريق وفى أخذها جميع الطريق أو بعضه ولو برش فناء داخول باذن صاحبه فضمان ما عطب على الآخر استحسانا ولو استأجر أجيرا ليبنى له فى فنائه فسقوطه فأصاب انسانا فمات فان كان بعد فراغه يجب على الآخر استحسانا وان بنى فى وسط الطريق فلضمن على الاجير لفساد الامر وان حفر بالوعة فى الطريق فان أمره السلطان بذلك لا يضمن لانه غير متعد فيه لان له ولاية فى أمور العامة وبغير أمره يضمن ما عطب فيها لوجود التعدى لانه وان كان مباحا فهو مقيد بشرط السلامة وكذا الجواب على هذا التفصيل فى جميع ما فعل فى طريق العامة مما ذكرنا وغيره لان المعنى لا يختلف وفناء داره حكداره حتى لا يضمن ما عطب بما حفره فيه لان له ذلك كصاحب الدار والفناء فى تصرفه وقيل هذا اذا كان الفناء مملوكا وكذا له حق الحفر بأن أذن له الامام أو كان لا يضر بأحد لانه غير متعد فيه أما اذا كان لجماعة المسلمين أو مشتركا بأن كان فى سكة غير نافذة يضمن لانه سبب متعد فيه وهذا صحيح ولو وقع رجل فى البئر المحفورة فى الطريق العامة فمات فيه جوعا أو عطشا أو غما فلا ضمان على الحافر عند أبى حنيفة رضى الله عنه لانه مات بمعنى فى نفسه والضمان انما يجب اذا مات من الوقوع وقال أبو يوسف رحمه الله فى الجوع كذلك وان مات غما يجب الضمان لانه لا سبب للغم سوى الوقوع فيه أما الجوع والعطش فلا يختص بالبئر وقال محمد رحمه الله هو ضامن فى الوجوه كلها لان ذلك حصل له بسبب الوقوع ولو لا ذلك لتناول الطين والماء قال رحمه الله (ومن جعل بالوعة فى طريق أمر سلطان أو فى سكة أو وضع خشبة فيها أى فى الطريق (أو قنطرة بلا اذن الامام فتمدر جل المرور عليها لم يضمن) لان حفر البالوعة باذن الامام أو فى ملك ليس لاحد ووضع الخشبة والقنطرة بلا اذن الامام وان وجد التعدى منه فيهما لكن تعمد المرور عليهما يقطع النسبة الى الواضع لان الواضع سبب والمرء مباشر فصار هو صاحب علة فلا يعتبر التسبب معه وقد بينا هو أمثاله فيما مضى وان استأجر أجيرا يحفرونه فى غير فنائه فضمانه على المستأجر والمعنى على الاجراء ان لم يعلموا أنها فى غير فنائه لان أمره قد صح اذا لم يعلموا فتقل فعلهم الى الآمر لانهم مغرورون من جهته فصار كما اذا أمر آخر بذبح هذه الشاة فذبحها ظهر أن الشاة لغيره الا أنه فى الشاة يضمن المأمور ويرجع به على الآمر لكونه مغرورا من جهته وهنا يجب الضمان على المستأجر ابتداء لان كل واحد منهما سبب والاجير غير متعد والمستأجر متعد فترجح جانبه فان علموا بذلك فالضمان على الاجراء لان أمره لم يصح لانه لا يملك أن يفعل بنفسه ولا غرور من جهته لعلمهم بذلك فبقى الفعل مضافا اليهم وقال لهم هذا فناؤنا وليس لى حق الحافر فيه فحفروا فمات فيه انسان فالضمان على الاجراء قياسا لانهم علموا بفساد الامر فلم يغتروا وفى الاستحسان الضمان على المستأجر لان كونه فناءه

(قوله لان فعل الاول قد انتسخ) لان هذا شغل جديد حصل بفعل الذى نحاه وهو متعد فى ذلك اه قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى فان قالوا هذا يخشب فيما يفعل حيث أماط الاذى عن الطريق للنابلى ولكنه أخطأ الخشبة حيث شغل موضعا آخر من الطريق والخشبة التامة أن يطرحه فى موضع لا يكون ممرا أو يطرحه فى حفرة فى الطريق على وجه تمتلئ الحفيرة فيصير محتسبا من وجهين اه اتقانى

بمنزلة كونه مملوكا له لانملاق يده في التصرف فيه من القاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فيكان آحرابا خفر في ملكه فلا ضرر بالنظر الى ماذكرنا فلذا ينقل اليه وقال شيخ الاسلام رحمه الله اذا كان الطريق معروفا أنه للعامة ضمنوا سواء قال لهم انه لي أولم يقل لعلمهم بفساد أمره قيل قال رحمه الله (ومن حمل شيأ في الطريق فسقط على انسان ضمن) سواء تلف بالوقوع أو بالعثرة به بعد الوقوع لان حمل المتاع في الطريق على رأسه أو على ظهره مباح له لكنه مقيد بشرط السلامة بمنزلة الرمي الى الهدف أو الى الصيد قال رحمه الله (ولو كان رداء قد لبسه فسقط لا) أي لو كان المحمول رداء قد لبسه فسقط على انسان فعطب به لايضمن والفرق بينه وبين الشيء المحمول أن حامل الشيء يقصد حفظه فلا يحرج بالتقييد بوصف السلامة واللابس لايقصد حفظ مايلبسه فيحرج بالتقييد بوصف السلامة فجعل في حقهما حاملا ومحمد رحمه الله تعالى اذا لبس زيادة على قدر الحاجة أو ملابس عادة كالبد والجوالي والدرع من الحديد في غير الحرب ضمن لانه لاضرورة الى لبسه وسقوط الضمان باعتبارها لعموم البلوى قال رحمه الله (مسجد لعشيرة فعلق رجل منهم قنديلا أو جعل فيه ورادي أو حصاة فعطب به رجل لم يضمن وان كان من غيرهم ضمن) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لايضمن في الوجهين لان هذه قربة يثاب عليها الفاعل فصار كاهل المسجد وكما لو كان باذنهم وهذا لان بسط الحصير وتعليق القنديل من باب التمكين من اقامة الصلاة فيه فيكون من باب التعاون على البر والتقوى فيستوي فيه أهل المسجد وغيرهم ولأبي حنيفة رحمه الله ان التدبير فيما يتعلق بالمسجد لاهله دون غيرهم كنصب الامام واختيار المتولي وفتح بابه واغلاقه وتكرارا لجماعة حتى لايعتد بمن سبقهم في حق الكراهية وبعدهم يكره فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم مقيد بها وقصد القربة لايناني الغرامة اذا أخطأ الطريق كما اذا تفرد بالشهادة على الزنا وكما اذا وقف على الطريق لاماطة الاذى أو دفع الظلم فعثر به غيره يتوجر على ذلك ويغرم والطريق فيه الاستئذان من أهله وقال الحلواني اذا كان المشايخ أخذوا بقولهما وعليه الفتوى وعن ابن سلام باني المسجد أولى بالعمارة والقوم أولى بنصب الامام والمؤذن وعن الاسكاف الباني أحق بذلك قال أبو الليث رحمه الله وبه نأخذ الا أن ينصب والقوم يرون من هو أصلح لذلك والله أعلم قال رحمه الله (وان جلس فيه) أي في المسجد (رجل منهم فعطب به أحد ضمن ان كان في غير الصلاة وان كان فيها لا) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لايضمن على كل حال ولو كان جالسا للقراءة القرآن أو للتعليم أو للصلاة أو نام فيه في الصلاة أو في غيرها أو مر فيه أو قعد فيه للحديث فهو على هذا الاختلاف وأما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لايضمن بلا خلاف وصلاة التطوع كالفرض بالاجماع لهما أن المساجد بنيت للصلاة والذكر قال الله تعالى في بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه وقال تعالى وأنتم عاكفون في المساجد فاذا بنيت لهما لايكنه أداء الصلاة مع الجماعة الا باستظارها فكان الجلوس فيه من ضرورتها فصار له ولان المنتظر للصلاة في الصلاة لقوله عليه الصلاة والسلام المنتظر للصلاة في الصلاة مادام ينتظرها وتعليم الفقه وقراءة القرآن عبادة كالذكر فيتناوله النص دلالة وله أن المسجد بني للصلاة وغيرها من العبادة تبع بدليل أن المسجد اذا ضاق على المصلي كان له أن يزعج القاعد عن موضعه حتى يصلي فيه وان كان القاعد مشتغلا بذكر الله تعالى أو بقراءة القرآن أو التدريس أو معتكفا وليس لاحد أن يزعج المصلي عن مكانه الذي سبق اليه لما أنه بنى لها واجمع يدل عليه لان المسجد اسم لموضع السجود وفي العادة أيضا لايعرف بناء المسجد الا للصلاة فاذا كان كذلك فلا يتمنى اظهار التفاوت بينهما فكان الكون فيه في حق الصلاة تعبا حاما مطلقا من غير تقييد بشرط السلامة وفي حق غيرها مقيد بشرط السلامة لظهور التفاوت بين الاصل وبين التبع ولا يبعد أن يكون الفعل قربة مقيدا بشرط السلامة ألا ترى أن من وقف في الطريق لاصلاح

﴿ فصل فى الحائط المائل ﴾ لما ذكر أحكام القتل الذى يحصل بمباشرة الانسان أو تسبيبه شرع فى بيان القتل الذى يتعلق بالجماد الذى لا اختيار له أصلا وهو الحائط المائل وذكر مسائله بلفظ الفصل فى أوّلها بلفظ الباب (١٤٧) اشارة الى أن ما فى هذا الفصل نوع مما

ذات البين كان قربة فى نفسه ومع هذا يضمن اذا تلف بمشى ولا فرق فيه بين أن يكون الرجل من أهل المسجد أو من غيرهم فى الصحيح وذكر صدر الاسلام أن الاظهر ما قالاه لان الجلوس من ضرورات الصلاة فيكون ملحقا بها ومن ثابت ضرورة للشئ يكون حكمه حكمه وذكر شمس الائمة أن الصحيح من مذهب أبى حنيفة رحمه الله أن الجالس لانتظار الصلاة لا يضمن وانما الخلاف فى عمل لا يكون له اختصاص بالمسجد كقراءة القرآن ودرس الفقه والحديث وذكر الفقيه أبو جعفر رحمه الله فى كشف الغوامض سمعت أبا بكر يقول ان جلس لقراءة القرآن أو معتكفا لا يضمن بالاجماع وذكر فخر الاسلام والصدر الشهيد أنه ان جلس للحديث يضمن بالاجماع وذكر فى المنتخبة أنه اذا قعد فيه لحديث أو نام أو قام فيه لغير الصلاة أو مر فيه ما ثم ضمن عنده وقالا لا يضمن وان قعد للعبادة كانتظار الصلاة أو الاعتكاف أو قراءة القرآن أو لتدريس أو لذكر اختلف فيه المتأخرون على قوله فقال بعضهم يضمن وإليه ذهب أبو بكر الرازى وقال بعضهم لا يضمن وإليه ذهب أبو عبد الله الجرجانى حكى ذلك كله فى النهاية

﴿ فصل فى الحائط المائل ﴾ قال رحمه الله (حائط مائل الى طريق العامة ضمر ربه ما لف به من نفس أو مال ان طالب قضه مسلم أو ذمى ولم ينقضه فى مدة يقدر على نقضه) وهذا استحسان والقياس أن لا يضمن وهو قول الشافعى رحمه الله لانه لم يوجد منه صنع هو تعد لا مباشرة علة ولا مباشرة شرط أو سبب لان البناء كان فى ملكه مستقيما والميلان ونقل الهواء ليس من فعله فلا يضمن كما اذا لم يشهد عليه وجه الاستحسان مروى عن على رضى الله عنه وعن شريح والنخعى والشعبى وغيرهم من أئمة التابعين ولان الحائط لما مال فقد أشغل هواء الطريق بملكه ورفعه فى قدرته فاذا تقدم اليه وطولب بتفريغه لزمه ذلك فاذا امتنع مع تمكنه منه صار متعديا بمنزلة ما لو وقع ثوب انسان فى حجره بصير متعديا بالامتناع عن التسليم اذا طولب حتى ضمن بهلاكه فى يده بعد ما بتعلق على هلاك الاشهاد لانه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ولانا لو أوجبنا عليه الضمان بمجرد التفريغ فتنقطع المدة حسا ذا لو وقع علينا ضرر ولو وقع علينا ضرر لا يكون جهة على غيره والملك الثابت بظاهر اليد لا يصلح جهة للاستحقاق وما تلف به من الاموال فضمانه عليه لان العاقلة لا تعقل مال والشرط طلب النقض منه دون الاشهاد واتخاذ ذكر الاشهاد ليتمكن من اثباته عند جحوده أو جحود عاقلته فكان من باب الاحتياط كالاشهاد على طلب الشفعة لا على سبيل الشرط اصحة الطلب كعقد الكتاب ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب النقض مثل أن يقول ان حائطك هذا تخوف أو مائل فاهدمه حتى لا يسقط فيتلف شيأ أو اهدمه فانه مائل صح الطلب وصار اشهاد اذا كان بحضرة الشهود وكذا لو قال اشهدوا أنى تقدمت الى هذا الرجل فى هدم حائطه هذا صح أيضا ولو قال له بينى لك أن تهدمه فهذا ليس بطلب ولا اشهاد بل هو مشورة ويشترط أن يكون التقدم الى من له ولاية التفريغ كالمالك والوصى فى ملك الصغير أو أخذ أو العبد التاجر ان عليه دين أولا والتالف به يكون فى رقبته ان كان مالا والنفس على عاقلة المولى والى الراهن فى الدار المرهونة لان الدين يرعى الهدم والى المكاتب ثم ان تلف حال بقاء الكتابة يجب عليه قيمته

بحدثه الرجل فى الطريق اه اتقانى وكتب ما نصه من حق هذا الفصل أن يؤخر عن مسائل جميع الحيوانات لانه جماد والجماد مؤخر عن الحيوان الا أنه ذكره هنالمناسبة وهو أن الحائط تناسب الجرحين والروش وغيره فلهذا ألحقه بها اه كاكى (قوله فاذا تقدم) على صيغة المبنى للمفعول من ماضى التقدم اه اتقانى (قوله وكقطع اليد المستأكلة) قال الاتقانى وقطع اليد لذلك كلة عند خوف هلاك النفس اه (قوله ثم ما تلف به من النفوس تتحمله العاقلة) ولا كفارة عليه لانه ليس بمباشر فيما أصاب الحائط اه اتقانى (قوله وعلى أن الدار له) قال فى شرح الطحاوى فاذا أنكرت العاقلة واحدا من هذه الاشياء فلا شهادة عليهم حتى يشهد الشهود بذلك ولو أقر صاحب الدار بهذه الثلاثة لزمه فى ماله ولا يجب على العاقلة اه اتقانى (قوله فكان من باب الاحتياط) حتى لو اعترف صاحبه أنه طولب بنقضه وجب عليه الضمان ولو لم يشهد عليه ذكره فى التحفة اه (قوله والى المكاتب) قال فخر الاسلام فى شرح الزيادات مكاتب له حائط

مائل الى الطريق الاعظم فأشهد عليه ثم سقط فأتلف انسانا فعلى المكاتب الاقل من قيمته ومن دية المقتول فان أدّى المكاتب فعتق ثم سقط فأتلف انسانا فعليه دية القتيل على عاقلته ولاء لا يحالف ما اذا أخرج جناحا أو ميزابا ثم عتق ثم وقع وقتل انسانا كان عليه

الاول من قيمته ومن الدية والفرق ما قلنا أن جناية الحائط كالمبتدى فى كل وقت فكأنه قتل بعد الحفر بقليل ابتداء فأما اخراج الجناح والكنيف فجناية واقعة لم تحمل مبتدأ بعد العتق بل كان مضافا الى حال الرق اه اتقانى (قوله برئ عن الضمان الخ) ولا يتفاوت الحكم اذا سقط الحائط بعد ما قبضه المشترى أو بعد ما سلمه البائع وصرح الكرخى فى مختصره بذلك لانه لما باع فقد صار بحال لا يمكنه فيها النقض والضمان

لتعذر الدفع وبعد عتقه على عاقلة المولى وبعد العجز لا يجب على أحد لعدم قدرة المكاتب وعدم الاشهاد على المولى ولو تقدم الى من يسكنها باجارة أو اعارة أو الى المرتهن أو المستأجر أو المولى بعد ما عتقه حتى لو سقط وأتلف شيأ لا يضمن الساكن ولا المالك ويشترط دوام تلك الولاية الى وقت السقوط حتى لو خرج عن ملكه بالبيع بعد الاشهاد ثم رجع الضمان لعدم قدرته على النقض ويشترط للضمان أن تمضى مدة يمكن فيها من النقض بعد الاشهاد حتى اذا أشهد عليه فسقط من ساعته قبل التمكن من نقضه لا يضمن ما تلف بعد لعدم قدرته على النقض ولا يصح الاشهاد قبل أن يجىء الحائط لانعدام التعدى بابتدائه وانتهائه ويقبل فيه شهادة رجل وامرأتين لانه شهادة على التقدم لا على القتل وسوى فى المختصر بين أن يكون المطالب بالنقض مسلما أو ذميا لان الناس كلهم شركاء فى المرور فيصح التقدم اليه من أى من كان بعد أن كان بالغا عاقلا حرا ومكاتبا كما كان أو أنثى لانه مطالبة حق فلا يختص بأحد من الاهل بخلاف الصبى والصبيان المحجور عليهم لانهم ليسوا بأهل لمطالبة حقهم فكذا الحق العام والاذا أذن لهم المولى أو الولى فى الخصومة فحينئذ يجاز طلبهم واشهادهم لانهم بالاذن انضموا بالمأذون البالغ ثم بعد الاشهاد تكون خصومة عبد السلطان أو نائبه كما فى سائر الخصومات قال رحمه الله (وان بناء ما ابتداء ضمن من نقب بيته بلا طلب) لانه تعدى بالبناء فصار كاشراع الجناح ووضع الطرح وحفر البئر فى الطريق فان رجع الله ان داره رجل فالطلب الى ربها) لان الحق له على الخصوص وان كان يمكنها غيره كان له أن يطالبه لان له المطالبة بازالة ما شغل الدار فكذا بازالة ما شغل هواءها قال رحمه الله (فان أجلها وأراها صح بخلاف الطريق) أى ان أجل صاحب الدار أو أراها جاز تأجيله وايراؤه حتى لو سقط فى الابراء أو قبل مضى المدة التى أجيل لا يضمن لان الحق له على ما ذكرنا بخلاف ما اذا مال الى الطريق العام بأجله القاضى أو مر أشهد عليه أو أبرأه حيث لا يصح التأجيل والابراء الا حق نفسه لان الحق فيه لجماعة المسلمين وليس للقاضى ولا لغيره أن يبطل حقهم وهو المراد بقوله بخلاف الطريق والساكن فى الدار كالمالك فيه حتى صح تأجيله وابراؤها لما ذكرنا قال رحمه الله (حائط بين خمسة أشهد على أحدهم فسقط على رجل ضمن خمس الدية داربين ثلاثة حفر أحدهم فيها بئرا أو بنى حائطا فعطب به رجل ضمن ثلثى الدية) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله ضمن نصف الدية فى الفصلين لان التالف نصيب من أشهد عليه معتبر ونصيب من لم يشهد عليه هدر وفى الحفر باعتبار ملكه غير متعد وباعتبار ملك شركه متعد فكان قسمين فانقسم عليهما نصفين كما اذا هلك بجرح الرجل ونهش الحية وعقر الاسد ولابى حنيفة رحمه الله أن الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر والمعتمد لان أصل ذلك ليس بعلة وهو القليل منه حتى يعتبر كل جزء علة على حدة فتجتمع العلل فاذا كان كذلك يضاف التلف الى العلة الواحدة ثم تقسم على أربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات لان كل جراحة علة مستقلة بنفسها للتلف صغرت الجراحة أم كبرت على ما عرف فى موضعه الا أن التلف عند المزاحمة يضاف الى الكل لعدم الاولوية فان قيل الواحد من الشركاء لا يقدر أن يهدم شيأ من الحائط فكيف يصح التقدم اليه قلنا ان لم يتمكن من هدم نصيبه يتمكن من اصلاحه بطرقه وهو المرافعة الى الحكام وبه يحصل الغرض لان المقصود ازالة الضرر بأى طريق كان ولا تتعين بالهدم ولو وقع الحائط على الطريق بعد الاشهاد فعثر انسان بنقضه فمات ضمن لان النقض ملكه فيكون التفريغ اليه والاشهاد

لا يمكنه فيها النقض والضمان

انما يجب عليه بترك النقض فاذا لا يمكن منه وليس هذا كمن أشرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار وباع الجناح فوقع على انسان ضمن البائع لان نفس الوضع جناية فزواله لملكه عنه لا يفيد له وليس كذلك فى مسئلتنا لان بناء الحائط لم يكن جناية وانما الجناية ترك النقض واذا صار بحال لا يمكنه النقض فى حال الوقوع خرج فعله من أن يكون جنايه اه اتقانى (قوله لا على الفتل) يعنى لو كانت شهادة على القتل لم تقبل شهادة النساء لشبهة البدلية ولكنها ليست بشهادة عليه بل هى شهادة على ميلان الحائط فتقبل شهادة رجل وامرأتين اه اتقانى (قوله لانه تعدى بالبناء) أى فى ملك غيره ألا ترى أن هواء البقعة فى حكمها ولو بنى فى ملك غيره كان متعديا كذلك اذا بنى فى هواء ملك غيره واذا ثبت أنه متعد فى ذلك ضمن ما تولد منه اه غاية قال فاش ضمان فى باب الصلح ما نصه من ملك أرضا ملك ما تحتها الى الثرى وما فوقها الى السماء اه (قوله وان كان يمكنها غيره الخ) قال الاتقانى وان كان فى ما كان لملطبة اليهم وذلك المستأجر والمعير اه (قوله وهو الثقل) أى فى الحائط اه على (قوله المقدر) أى المهلك اه (قوله والمعتمد) أى على البراء (قوله المقدر) أى المهلك اه (قوله ولو وقع الحائط على الطريق الخ) قال فى شرح الطحاوى ولو أشهد على الحائط فسقط فتعقل بنقضه أو ميز بانه انسان فهلك يضمن فى قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف

على الحائط اشهادا على النفير لان المقصود الاصلي الشغل بخلاف ماإذا سقط الحائط على انسان ومات فعثر بالفتيل فخر فمات حيث لا يجب عليه ضمان الثاني لان التفريغ منه الى الاولياء لا اليه ولا يكون الاشهاد على الحائط شهادا على القتيل بخلاف مالو كان مكان الحائط جناح والمسئلة بحالها حيث يضمن القتيل الثاني ويضاف وضع جناحه الى فعله فصار كأنه ألقاه عليه بيده ونهذا لا يشترط الاشهاد عليه فيكون ضامنا لدمه كالاول فيجب بمسه تفريغ الطريق عن القتيل أيضا فاذا لم يفرغ صار جانيا وفي احدهما لم يوجد منه الفعل وانما جعل كالفاعل بترك النقض استحسانا فيظهر ظلمه في حق القتيل الاول دون الثاني فلم يكن سقوط القتيل الاول في حق الثاني بفعله فلا يجب عليه التفريغ عنه ألا ترى أنه لو باع الحائط أو النقض بريء من الضمان ولو كان بفعله لما برئ كما لو باع الجناح ولو عطب بجرة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه وهو ملكه ضمنه لان التفريغ اليه وان كانت ملك غيره لا يضمنه لان التفريغ الى ملكها وحده ولو سقطت اخرة وحدها لا يضمن ما عطب بسقوطها لانه وضعها في ملكه ذكره في النهاية وعزاه الى المبسوط وانه أعلم

﴿باب جناية البهيمة وجنايتها عليها وغيرذلك﴾

قال رحمه الله (ضمن الراكب ماوطئت دابته يدا أو رجل أو رأس أو كدمت أو نخست ما نخست برجل أو ذنب اذا أوقفها في الطريق) والاصل أن المرور في طريق المسلمين مباح بشرط السلامة لانه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس فقلنا بالاباحة مقيدا بالسلامة ليعتدل النظر من الجانبين فيما يمكن الاحتراز عنه لانها لا يمكن لان تقييده بهم اطلقا يؤدي الى المنع من التصرف وسد بابه وهو مفتوح ولا احتراز عن بناء والصدم ولكدم والخبط ممكن لان ليس من ضرورات السير فقيد ناه بشرط السلامة عنه ولا يمكنه الاحتراز عن النخعة بالرجل والذنب مع السير على الدابة فلم نقيده بها وان أوقفها في الطريق ضمن النخعة أيضا لانه يمكنه التحرز عن الايقاف وان لم يمكنه التحرز عن النخعة فصار مقيدا بالايقاف وشغل الطريق به فيضمنه وهو المراد بقوله اذا اوقفها في الطريق أو نقول ان الطريق يشبه ملكه من حيث ان المرور فيه مباح له ويشبه ملك الغير من حيث انه ليس له ملك يطلق له التصرف فوقر ناحظ الشبهين فجعلناه كملك غيره في حق ما يمكن التحرز عنه وكملكه في حق ما لا يمكن كما لا يتعذر عليه الانتفاع وهذا الحكم في الطريق وفي ملكه لا يضمن شيأ من ذلك الا بالدخول وهو راكبها لان الانطباء مستثنى لانه فتله بثقله حتى يحرم الميراث ويجب عليه الكفارة بدعوة تسبيب وفيه يشترط التعدي فصار كحفر البئر في ملكه وفي المباشرة لا يشترط وان كان في ملك غيره قوله كنت بادن ملكه أو بكاره وكان في ملكه وان كان بغير اذنه فان دخلت هي من غير أن يدخلها هو ولم يكن هو معها لا يضمن شيأ وان أدخلها هو ضمن الجميع سواء كان هو معها أو لم يكن لوجود التعدي بالادخال والملك المشترك كملكه فيما ذكرنا لان لكل واحد من الشركاء السير والايقاف فيه وباب المسجد كالطريق ولو جعل الامام موضعا لوقوف الدواب عند باب المسجد فلا ضمان فيما حدث من الوقوف فيه وكذلك إيقاف الدابة في سوق الدواب لانها مأذون لها من جهة السلطان وكذلك في الطريق ممكة اذا وقفت في غير اضجعة لانه لا يضر بالناس فلا يحتاج فيه الى الاذن أما اضجعة فهي كما طريق قال رحمه الله (وان أصابت بيدها أو رجلها حصاة أو نواة أو أثارت غبارا أو حجرا صغيرا فلا ضمان) لانه لا يمكن الاحتراز عنه (وان أصابت بيدها أو رجلها حصاة أو نواة أو أثارت غبارا أو حجرا صغيرا ففقأ عينا انسان يضمن ولو كبيرا لم يضمن) لان التحرز عن الحجارة الصغار والغبار متعذر لان سير الدابة لا يخلو عنه ومن لم يمكن الاحتراز عنه يمكن ذلك عادة ممن قال هذه ابله الراكب فيضمن قال رحمه الله (فان راثت أو بالت في طريق لم يضمن من عطب به وان أوقفها فالثلث وان أوقفها لغيره ضمن) لان سير الدابة لا يخلو عن روث وبول فلا يمكنه التحرز عنه فلا يضمن ما تلف به فيما اذا راثت أو بالت وهي تسير وكذا اذا أوقفها

ولكن تعقل بيت هلك بالحائط لم يضمن بالاجماع لان رفع الميت ليس على صاحب الحائط ولكن رفع النقض اليه اه اتقاني

﴿باب جناية البهيمة والجناية عليها وغير ذلك﴾

(قوله في المتن ضمن الراكب ماوطئت دابته الخ) قال الحاكم الشهيد في الكافي وذا سار الرجل على دابة أعم لدواب كانت في طريق للمسلمين فأوطأت انسانا بيد أو رجل وهي تسير فقتلته وهي تسير على عادة الراكب وذلك لانه مستعمل لدابة من مكان الى مكان وهي مجبورة على هذا القدر من جهته فصار جنايته بمنزلة جنايته بغيره خاطئ وجبت الدية على عاقلته والكفارة لانه قاتل حقيقة ولا يضمن ما أتلفت برجلها وهي تسير لانه غير مستعمل لها في الجهة فلذا يبرها قاتلا حقيقة وان كان سبب ذلك على معنى انه لولا تسييره في ذلك الموضع لما حدث هذا الامر ولكنه ليس بمتعد في التسيير في سوق المسلمين والسبب المحض انما يلحق بالمباشرة بوصف التعدي وقد عدم فلا يؤخذ به اه اتقاني

(قوله وفي المباشرة لا يشترط) أي التعدي اه (قوله المجعة) المجعة معظم الطريق ووسطه اه (قوله وعن الحجارة الكبار من) فالظاهر أنه انما وقع هذا من قبل عنقه في أمر السوق فيوصف بالتعدي فيؤخذ به اه اتقاني

(قوله وان أوقفها الخ) قال الاتقاني فأما وقوف الدابة لامر آخر فليس مما وضع له الطريق فكان تعديا فلم يحمل ما اتصل به عفوا من التلف وان تعذر الاحتراز عنه كمن جرح رجلا ضمن سرايته وان تعذر الاحتراز عنه اه (قوله وعليه بعض مشايخ العراق) ولكن ظاهر الرواية يخالف ذلك (قوله ومعناه النخعة بالرجل) يحتمل أن المراد منه إما أن يكون الوطء بالرجل أو النخعة والاول ليس بمراد بالاجماع لانه ليس بعبارة تعين الثاني (١٥٠) ولا يلزم الالقاء اه غاية (قوله وكذلك الراكب) أي لا كفارة على الراكب في غير

ذلك لان من الدواب ما لا يفعل ذلك الا واقفا وهو المراد بقوله وان أوقفها ذلك وان أوقفها لغيره فالت أو راثت فعطب به انسان ضمن لانه متعد في الايقاف اذ ليس هو من ضرورات السير وهو أكثر ضررا أيضا من السير لكونه أدوم فلا يلحق به وهو المراد بقوله وان أوقفها لغيره ضمن قال رحمه الله (وما ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد) أي كل شئ يضمنه الراكب بضمنه لانهما سببان كالراكب في غير الايطاء فيجب فيهما الضمان بالتعدي فيه كالراكب وقوله وما ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد يطرد وينعكس في الجميع وذكر القدوري أن السائق يضمن النخعة بالرجل لانها بإجراء عينه فيمكنه الاحتراز عنها مع السير وتابعه عن بصر الراكب والقائد فلا يمكنهما التحرز عنها وعليه بعض مشايخ العراق وجه الاول وعليه أكثر المشايخ أن السائق ليس له على رجلها شئ يمنعها به عن النخعة فلا يمكنه التحرز عنها بخلاف الكدم والصدم وقال الشافعي رحمه الله يضمنون كلهم النفحة والخاصة عليه ما ذكرنا وقوله عليه الصلاة والسلام الرجل جبار ومعناه النخعة بالرجل قال رحمه الله (وعلى الراكب الكفارة لا عليهما) أي لا على السائق والقائد ومراده في لا يطاء لان الراكب مباشر فيه لان التلف يتثقل ونقل الدابة تتبع له فان سير الدابة مضاف اليه وعني آلة فهو مسببان لانه لا يتصل منهما شئ بالمحل وكذلك الراكب في غير الايطاء والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبب وكذا تتعلق بالايطاء في حق الراكب حرمان الميراث وتوصية دون السائق والقائد لانه يختص بالمباشرة ولو كان سائق وراكب قيل لا يضمن السائق ما وطئت الدابة لان الراكب مباشر فيه لما ذكرنا والسائق متسبب والاضافة الى المباشر أولى وقيل الضمان عليهما لان كل ذلك سبب الضمان الا تري أن محمدا رحمه الله تعالى ذكر في الاصل أن الراكب اذا أمر انسانا فضى المأمور الدابة ووطئت انسانا كان الضمان عليهما فاشتركا في الضمان فالناخس سائق والآمر راكب فتبين بهذا أنهما يستويان والصحيح الاول لما ذكرنا والجواب عما ذكر في الاصل أن المتسبب انما يضمن مع المباشر اذا كان السبب شيئا لا يعمل بانفراده في الاتلاف كالمفرج الالقاء فان الحفر لا يعمل شيأ بدون الالقاء وأما اذا كان السبب يعمل بانفراده فيشتركان وهذا منه فان السوق متلف وان لم يكن على الدابة ترا كب بخلاف الحفر فانه ليس بمتلف بلا القاء وعند الالقاء وجد التلف بهما فأضيف الى آخرهما كمسئلة النفقة اذ كل واحد منهما لا يعمل بانفراده وفيما نحن فيه يعمل فيشتركان قال رحمه الله (ولو اصطدم فارسان أو ماشيان فماتا ضمن عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر) وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر روى ذلك عن علي رضي الله عنه ولان كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه فيعتبر نصفه ويهدر النصف كما اذا كان الاصطدام عمدا أو جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه أو حفر اعلى قارعة الطريق بئرا فانهار عليهما أو وقعا فيه يجب على كل واحد منهما النصف فكذا هذا ولنا أن موت كل واحد منهما مضاف الى فعل صاحبه لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق فلا يعتبر في حق الضمان بالنسبة الى نفسه لانه مباح مطلقا في حق نفسه ولو اعتبر ذلك لوجب نصف الدية فيما اذا وقع في بئر في قارعة

(قوله يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف الدية) الأان العمد ههنا بمنزلة الخطأ لانه شبيه العمد اذ هو قصد الاصطدام ولم يقصد القتل وانما وجب على العاقلة اه (قوله وهذا الحكم الذي ذكرناه الخ) يعني اذا كان المصطدمان حرين وقد تعمد ذلك يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر بالاتفاق واذا وقع ذلك خطأ تجب الدية الكاملة على عاقلة كل واحد منهما عندنا خلافا لزفر والشافعي اه اتقاني (قوله ولو كانا عبدين الخ) يعني اذا صطدم العبدان خطأ فما تلفا وقيمهما لان الجناية تتعلق برقبة العبد الجاني ولهذا دفع فيها لأن يفديه المولى فلما مات فات محل الجناية بلا خلف ولا يضمن المولى شيأ لان موت العبد لم يكن (١٥١) من فعله وكذا الحكم اذا كان الاصطدام

الطريق لانه لا مشيه وتلفها في نفسه لما هوى في البئر وفعل صاحبه وان كان مباحا لكنه مقيد بشرط السلامة في حق غيره فيكون سبب الضمان عند وجود التلف به وروى عن علي رضي الله عنه أنه أوجب كل الدية على عاقلة كل واحد منهما فتعارضت رواياته فرجحنا ما ذكرنا أو يحمل ما روى عنه انه أوجب النصف على أنهما تعمدا ذلك فانه في العمد يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف الدية على ما بينه ويحمل ما روى عنه انه أوجب كل الدية على الخطأ توفيقا بينهما وما استشهد به من الاصطدام عمدا وجرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه وحفر البئر في الطريق فعل كل واحد منهما محظور مطلقا فيعتبر في حق نفسه أيضا فيكون قاتلا لنفسه وهذا الحكم الذي ذكرناه في العمد والخطأ في الحرين وكذا عبدين يهدر الدم فيهما لان الجناية تعلقت برقبته فدفعا وفداء وقد فاتت لا الى خلف من غير فعل يصير المولى به مختارا للفداء ولو كان أحدهما حرا والآخر عبدا يجب على عاقلة الحر قيمة العبد كلها في الخطأ ونصف قيمته في العمد وبأخذ هاورثة الحر المقتول ويبطل حقهم من الدية فيما زاد على القيمة أو نصفها لان الواجب كان على رقبة العبد فيبطل بموته الا قدر ما أخلف وهو القيمة أو نصفها فيأخذ هاورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان قيمة العبد المقتول تجب على العاقلة على أصلهما لانه ضمان الآدمي واذا تجاذب رجلان حبلا فانقطع الحبل فسقط وما تا يتقرر فان وقعا على القفا لا تجب لهما دية لان كل واحد منهما مات بقوة نفسه وان وقعا على الوجه وجب دية كل واحد منهما على عاقلة الآخر لان كل واحد منهما مات بقوة صاحبه وان وقع أحدهما على القفا والآخر على الوجه فالذي وقع على القفا لا دية له والذي وقع على الوجه فديته على عاقلة الآخر وان قطع انسان الحبل بينهما فوقع كل واحد منهما على القفا فانما تا فديتهما على عاقلة القاطع قال رحمه الله (ولو ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن) وكذا على هذا سائر أدواته كاكافه ومخلاته لانه متعد في هذا التسبيب لان الوقوع يتنصر منه وهو ترك الشد أو الاحكام في الشد فصار كانه ألقاه على الطريق بيده بخلاف الرداء لانه لا يقصد حفظه عادة ولا يقيد بشرط السلامة ولان اللباس تبع للابس وهو لو وقع في الطريق وعثر به انسان لا يلزمه الضمان فكذا ما عثر بلباسه قال رحمه الله (وان قاد فطارا فوطئ بعيرا نسانا ضمن عاقلة القائد الدية) لان القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد أمكنه التحرز عنه فصار متعديا بالتقصير فيه والتسبيب بوصف التعدي سبب للضمان بخلاف ضمان النفس على العاقلة وضمان المال عليه في ماله قال رحمه الله (فان كان معه سائق فعليهما) أي اذا كان مع القائد سائق يجب على عاقلتهما الضمان لاستوائهما في التسبيب لان قائد الواحد قائد للكل وكذا سائقه لاتصال الازمة هذا اذا كان السائق في جانب من الابل أما اذا توسطها أو أخذ زمام واحد بعض هو وحده ما عطب بما هو خلفه وبعضهن ما تلف بما هو قدامه لان القائد لا يقود ما خلف السائق لانقصام زمام والسائق يسوق

المنسيه فيصير في الحكم كانه قتل خطأ فتجب على عاقلته ديته وأورد الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير سؤالا وجوابا فقال فان قيل وفق نسانا قاد أعمى فأوطأ الاعمى انسانا فقتله هل يجب على القائد الضمان قيل له ينبغي أن يجب لان الاعمى بنفسه من أهل وجوب الضمان فجعله بمنزلة سائر الابل وأما فعل الجماد جبارا لا عبرة له في حكم نفسه فجعلها بمنزلة الريح اه اتقاني (قوله هذا اذا كان السائق في جانب من الابل) أي وجوب الضمان على السائق والقائد جميعا انما اذا كان السائق يسوق الابل غير آخذ زمام البعير أما اذا أخذ الزمام فيكون الضمان عليه في الذي هلك خلفه لا على القائد المتقدم لانه لما انقطع الزمام من القطار لم يكن القائد المتقدم قائد الما خلف السائق اه اتقاني

ما هو قدامه ولو كان رجل راكبا على بعير وسط القطار ولا يسوق منها شيأ لم يضمن ما أصابت الابل التي بين يديه لانه ليس يسائق لها وكذا ما أصابت الابل التي خلفه لانه ليس بقائد لها لانه اذا كان آخذا بزمام ما خلفه أما البعير الذي هو راكبه فهو ضامن لما أصابه فيجب عليه وعلى القائد غيره ما أصابه بالاجماع فان ذلك ضمانه على الراكب وحده لانه جعل فيه مباشرا حتى تجري عليه أحكام المباشر على ما بيناه قال رحمه الله (وان ربط بعيرا على قطار رجع عاقلة القائد به بما أتلف على عاقلة الرابط) أي اذا ربط رجل بعيرا على قطار والقائد لذلك القطار لا يعلم فوطئ البعير المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة القائد دية لانه يمكنه أن يصون قطاره عن ربط غيره به فاذا ترك الصيانة صار متعديا بالتقصير وهو تسبيب وفيه الدية على العاقلة كما في قتل الخطأ ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط لانه هو الذي أوقعهم فيه وانما لا يجب ضمان على القائد والرابط ابتداء مع أن كل واحد منهما سبب لان القود عند المباشرة بالنسبة الى الربط لاتصال التلف بدون الربط فيجب عليه الضمان وحده ثم يرجع به عليه قالوا هذا اذا ربط والقطار يسير لان الرابط آمر بالقود دلالة واذا لم يعلم لا يمكنه الضغط عنه ولكن جهله لا ينفي وجوب الضمان عليه لتحقق الاتلاف منه وانما ينفي الاثم فيكون قرار الضمان على الرابط وأما اذا ربط والابل واقفة ضمنها عاقلة القائد ولا يرجعون بها على عاقلة الرابط لانه قاد بعيره بغير اذنه لاصير بها ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه على أحد غاية الامر أن يقال انه متعد بالربط والايقاف على الطريق لكن ذلك بالقود فصار كما لو وضع حجرا وحوله غيره وكذا اذا علم القائد ربط لا يرجعون على عاقلة الرابط بما لحقهم من الضمان لان تعدد رضي بفعله ولم تنقطع نسبة فعله بفعله فلا يرجع به وهو القياس فيما اذا لم يعلم لان الجهل لا ينفي التسبيب ولا الضمان الا أنا استحسنا في الرجوع لما ذكرنا قال رحمه الله (ومن أرسل بهيمة ولها سائقة أو قائدة أو راكب فما أصابت فهو ضامن) لانها الحامل لها فأضيف فعلها اليه كما يضاف فعل المكره الى المكره فيما يحل آلته والمراد بالسوق أن يمشي خلفها ومعها وان لم يمش خلفها فما دامت في فورها فهو سائق لها في الحكم فيلحق بالسوق وان تراخى انقطع السوق وذكر في النهاية أن المراد بالبهيمة الكلب قال رحمه الله (وان أرسل طيرا أو كلبا ولم يكن سائقا لها أو انفلتت دابة فأصابت مالا أو آدميا نهارا أو ليلا لا) أي لا يضمن في هذه الصور كلها أما الطير فلأن يده لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه سواء فلا يضمن مطلقا بخلاف البهيمة فان يده يحتمل السوق فيتغير فيها السوق ومن ثم قالوا لو أرسل بازيا في الحرم فقتل لا يضمن المرسل وأما الكلب فلأنه وان كان يحتمل السوق لكنه لم يوجد منه السوق حقيقة بأن يمشي خلفه ولا حكما بأن يصيب على فور الارسال والتعدي يكون بالسوق فلا يضمن وهذا لان الاصل أن الفعل الاختياري يضاف الى فاعله ولا تجوز اضافته الى غيره الا أنا تركنا ذلك في فعل البهيمة اذا وجد منه السوق فأضفناه اليه استحسانا صيانة للانفس والاموال واذا لم يوجد منه السوق بقي على الاصل ولا تجوز اضافته اليه لعدم الفعل منه مباشرة وتسبيبا بخلاف ما اذا أرسل الكلب الى صيد حيث يؤكل ما أصابه وان لم يكن سائقا له حقيقة ولا حكما لأن الحاجة مست الى الاصطياد به فأضيف الى المرسل ما دام الكلب في تلك الجهة ولم يفترعنها اذ الطريق الى الاصطياد سواء وهذا لان الاصطياد به مشروع ولو شرط السوق لانسد بابه وهو مفتوح فأضيف الى من ناب عن نصر مع الصيد ولا حاجة اليه في حق ضمان العدوان فبقي على الاصل فكان مضافا الى الكلب لانه مختار في فعله ولا يصلح نائبا عن المرسل فلا يضاف فعله الى غيره وذكر في المبسوط اذا أرسل دابة في طريق المسلمين فما أصابت في فورها فالمرسل ضامن لان سيرها مضاف اليه ما دامت تسير على سننها ولو انعطفت يمنة أو يسرة انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن له طريق آخر سواه وكذا اذا وقفت ثم سارت أي ينقطع حكم الارسال بالوقفة أيضا كما ينقطع بالعطفة بخلاف ما اذا وقف الكلب بعد الارسال في الاصطياد ثم سار فأخذ الصيد لان تلك الوقفة لتحقق مقصود

(قوله وأما اذا ربط والابل واقفة) أي ثم قاد صاحب القطار وهو عالم بالربط أولا اه اتقاني (قوله في المتن ومن أرسل بهيمة الخ) صورتها في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يرسل البهيمة ويكون سائقا لها فتصيب في فورها قال هو ضامن وقال عن أبي حنيفة أيضا في رجل أرسل طيرا فأصاب في فوره ذلك قال لا ضمان عليه وكذا الذي يرسل كلبه ولم يكن سائقا له فأصاب في فوره لم يكن عليه ضمان الى هنا لفظ الجامع الصغير قال الصدر الشهيد وغيره أراد بالبهيمة الكلب وأراد بكونه سائقا أن يكون خلفه اه غاية (قوله لان سيرها مضاف اليه ما دامت تسير على سننها) قال الصدر الشهيد وعليه الفتوى وبه قال الشافعي وأحمد وعند مالك فعل البهائم جبار بأي وجه كان وقدمر اه معراج

(قوله ولا تسبيب بوصف التعدي) أي في هذه الصورة اه (قوله في المتردي في معين شاة انصاب ضمن النقصان) قال في الجامع الصغير لفخر الاسلام البزدوي محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمه الله في شاة انصاب وبقرة الجزار وجزور الجزار بقفا عين واحدة منهن قال في الشاة ما نقصها وفي البقرة ربع قيمتها وفي البعير ربع قيمته وانما وضع المسألة على هذا الوجه ليبين أن الكل وان كن في الحكم فان الجواب مع ذلك مختلف والفرس والحمار والبغل مثل البقر والبعير وقد روى هذا الجواب والفتوى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه مخارجة ابن زيد بن ثابت رضي الله عنه عن أبيه أنه رفعه وروى عن عمر أيضا أنه قضى بذلك والفرق أن الشاة لا تعمل بل ينتفع بها كما ينتفع بالامة فيضمن النقصان من غير تقدير فأما حمار كزناه من البهائم فانها عاملة كبني آدم لكنها لا تعمل الا بغيرها فأشبه الانسان من وجه والشاة من وجه فوجب تنصيف التقدير الواجب في الانسان عملا بالشبهين ولانها على هذا الوجه لا تعمل الا بأربعة أعين عيناها وعينا من يستعملها فصار لعينها حكم الربع والمعتدو الاول اه (قوله وهكذا قضى عمر أيضا) فتركنا القياس بهذه الآثار في الجزور وأخذنا بالقياس في الشاة اه غاية

المرسل لانه تمكنه من الصيد وهذه تنافي مقصود المرسل لان مقصوده السيد فينقطع بحكم الارسال وبخلاف ما اذا أرسله الى صيد فأصاب نفسا أو مالا في فوره حيث لا يضمن من أرسله وفي ارسال البهيمة في الطريق يضمن لان شغل الطريق تعدٍّ فيضمن ما تولد منه وأما الارسال للاصطياد فليس بتسبيب ولا تسبيب بوصف التعدي كذا ذكره في الهداية وذكر قاضيخان رحمه الله أن رجلا لو أرسل جمهة وكان سائقها فنحن ما أصابت في فورها وكذا لو أرسل كلبه وكان سائقاه يضمن ما أتلف ولو لم يكن سائقاه لا يضمن وكذا لو أغلى كلبه على رجل فعقره أو مزق ثيابه لا يضمن الآن يسوقه وقيل اذا أرسل كلبه وهو لا يعتاد خلفه فعقر انسانا أو أتلف غيره لم يكن معللا لا يضمن لان غيره المطلق يذهب بطبع نفسه وان كان معللا ضمن ان مر على الوجه الذي أرسله لانه ذهب بارسال صاحبه أما اذا أخذ عنيفة أو بسرة فلا يضمن لانه لما مال عن سنن الارسال انقطع حكم الارسال وأما كل المتابع فالواحد اذا في البهيمة وأما في الكلب فلا يضمن وان ذهب على سنن الارسال الا اذا كان خلفه لانه يتمكن من اثبات اليد عليها دون الكلب عادة ولو كان لرجل كلب عقور يؤذي من مر به فلا هل البلد أن يقتلوه وان أتلف شيئا يجب على صاحبه الضمان أن كان تقدم اليه قبل الاتلاف والا فلا شئ عليه كما لخاطم المائل ولو أن رجلا طرح رحلا قدام سبع فقتله السبع فليس على الطارح شئ لا التعزير والحبس حتى يتوب وأما انفلات البهيمة فلقوله صلى الله عليه وسلم جبار أي فعل البهيمة هدر قال محمد رحمه الله هي المفلتة وهذا صحيح ظاهر لان المركوبة والمسوقة والمقودة في الطريق أو في ملك الغير أو المرسلة في الطريق فعلها معتبر على ما بينا ولان الفعل مقتصر عليها فيضاف الى صاحبها لعدم ما يوجب النسبة اليه من الركوب وأخواته قال رحمه الله (وفي عين شاة انصاب ضمن النقصان) لان المقصود من الشاة اللحم فلا يتغير فيه الا النقصان قال رحمه الله (وفي عين بدنة الجزار أو الحمار والفرس ربع القيمة) وقال الشافعي رحمه الله فيها النقصان أيضا اعتبارا بالشاة ولنا ما روى أنه عليه الصلاة والسلام قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رضي الله عنه أيضا ولان فيها منافع متفاوتة سوى اللحم كالركوب والزينة والحمل ثم هذا الوجه تشبه الآدمي وقد نقص لغيبه كالاكل ومن هذا الوجه تشبه المأكولات فعملنا بالشبهين بشبه الآدمي في ايجاب الربع وبالشبه الآخر في نفي النصف ولانه انما يمكن اقامة العمل بها بأربعة أعين عيناها وعينا المستعمل لها فصارت كأنها ذات أعين أربع فيجب الربع بفوات أحدها وان فقأ عينيها فصاحبها بالخيار ان شاء ترك كما هي الفاقئ ودفع القيمة كاملة وان شاء أمسكها وضمنه النقصان لان المحل به النصف وهو وردي عين واحدة فيقتصر عليه والله أعلم

﴿باب جناية المملوك والجناية عليه﴾

اختلفوا في موجب جناية العبد قبل موجبها الأرش لان النصوص مطلقة من غير فصل الا أن الاولى أن يخلص بالدفع تخفيفا عليه وقيل الدفع والولي أن يخلص بالفداء ولهذا يبرأ المولى بهلاكه ولو كان الواجب الاصلي غير طلب بريء بهلاكه قبل الاختيار لانه بفوت به الدفع لا الفداء قال رحمه الله (جنايات المملوك لا توجب الا دفعا واحدا لمحله والافقيمة واحدة) أي جناية العبد لا توجب الا دفع رقبته اذا كان محلا للدفع بان كان قنا وهو الذي لم يعتقد منه شئ من أسباب الحرية كالتدبير وأم الولد والكتابة بسواء كانت الجناية واحدة أو أكثر لان الواجب الا دفع رقبته اذا كانت الجناية في النفس فموجبة للمال والافقيمة واحدة أي ان لم يكن محلا للدفع بأن اعتقد منه شئ مما ذكرنا وجب جنايته قيمة واحدة

﴿باب جناية المملوك والجناية عليه﴾

(٢٠ - ثاني سادس) لما فرغ من جناية المالك وهو الحر شرع في جناية المملوك وأخر ذكرها لانحطاط رتبة المملوك اه اتقاني (قوله قبل الدفع) هذا هو الصحيح نص عليه في الهداية والشارح رحمه الله في الصفحة الآتية والله أعلم

ولا يراد عليها وان تكررت الجناية وفى القن اذا جنى بعد الفداء مخير المولى بين الدفع والفداء كالجناية الاولى وكذا كلما جنى بعد الفداء بمرة الدفع أو الفداء بخلاف المدبر وأخته فانه لا يجب الا قيمة واحدة على ما بينه فى أوائل المسائل ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (جنى عبد خطأ فولاه بالخيار ان شاء دفعه الى ولى الجناية فاذا دفعه ملكه ولى الجناية وان شاء فداه بارشها) وقوله خطأ يحترز به عن العمد وهذا لتقييد انما يفيد اذا كانت الجناية على النفس لانها ان كانت عمدا توجب القصاص وأما اذا كانت على الاطراف لا يفيد التقييد به اذ لا يجرى القصاص فيها بين العبد والحر والعبد وقال الشافعى رحمه الله جناية العبد تتعلق برقبته يباع فيها الا أن يقضى المولى الارش وثمرة الخلاف تظهر فى اتباع الجانى عنده وعندنا لا يتبع الا فى حالة الرق ولا بعد الحرية والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضى الله عنهم فعن ابن عباس مثل مذهبنا وعن عمر وعلى رضى الله عنهما مثل مذهبه له أن الاصل فى موجب الجناية أن يجب على الجانى لانه المتعدى قال الله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم الا أن العاقلة تتحمل عنه ولا عاقلة للعبد فيجب فى ذمته كما فى الدين وتعلق برقبته و يباع فيه كما فى الجناية على المال ولنا أن المستحق بالجناية على النفوس نفس الجانى اذا أمكن الا أن استحقاق النفس قد يكون بطريق الاتلاف عقوبة وقد يكون بطريق التملك جبرا والحر من أهل أن يستحق نفسه عقوبة بطريق التملك والعبد من أهل أن يستحق نفسه بالطريقين فتصير نفسه مستحقة للمجنى عليه صيانة عن الهدر الا أن يختار المولى الفداء فيكون ذلك لانه ليس فيه ابطال حق المجنى عليه بل مقصود المجنى عليه يحصل بذلك بخلاف اتلاف المال فانه لا يستحق به نفس الجانى أبدا ولان الاصل فى موجب الجناية خطأ أن يتباعد عن الجانى لكونه معذورا ولكون الخطأ مرفوعا شرعا و يتعلق بأقرب الناس اليه تخفيفا عن المخطئ ورفقا عن الاهل فانه بهم الا أن عاقلة العبد مولاه لان العبد يستضر به و باعتبار النصرة تتحمل العاقلة حتى تجب الدية على أهل الديوان فيجب ضمان جنايته على المولى بخلاف الذمى لانهم لا يتناصرون فيما بينهم فلا عاقلة لهم فتجب فى ذمته صيانة للدم عن الهدر و بخلاف الجناية على المال لان العاقلة لا تعقل المال الا أن المولى يخير بين الدفع والفداء لانه واحد وفى اثبات الخيرة نوع تخفيف فى حقه كما لا يستأصل فيخير لان التخيير مفيد والواجب الاصلى هو الدفع فى الصحيح ولهذا يسقط الواجب بموت العبد الجانى قبل الاختيار لفوات محل الواجب وان كان له حق النقل الى الفداء كما فى مال الزكاة عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى فان الواجب ثمة النصاب وله النقل الى القيمة فكذا هذا بخلاف الجانى الحر حيث لا يسقط الموجب بموته لانه لا يتعلق به الواجب استيفاء فصار كالعبد فى صدقة الفطر واذا اختار الدفع يلزمه مالا لانه عين ولا يجوز التأجيل فى الاعيان وكذا اذا اختار الفداء يجب عليه مالا لانه بدل العين وهو العبد وان كان مقدرا بغيره وهو المتلف ولهذا سمى فداء وأيهما اختار المولى وفعله فلا شئ لولى الجناية غيره أما الدفع فلان حقه متعلق به فاذا خلى بينه و بين الرقبة سقط حق المطالبة عنه وأما الفداء فلانه لا حق له الا الارش فاذا أوفاه حقه سلم البدل وكذا اذا اختار أحدهما ولم يفعل أو فعل ولم يختره قولا سقط حق الولى فى الآخر لان المقصود تعيين المحل حتى يتمكن من الاستيفاء والتعيين يحصل بالقول كما يحصل بالفعل بخلاف كفارة اليمين حيث لا تتعين الا بالفعل لان المقصود فى حقوق الله تعالى الفعل والمحل تابع ضرورة وجوده ولا فرق بين أن يكون المولى قادرا على الارش أو لم يكن قادرا عند أبى حنيفة رحمه الله لانه اختار أصل حقهم فبطل حقهم فى العبد لان ولاية التعيين للمولى لا للاولياء ولا لا يصح اختياره الفداء اذا كان معلسا الا برضا الاولياء لان العبد صار حقا للاولياء حتى يضمنه المولى بالاتلاف فلا يملك ابطال حقهم الا برضاهم أو بوصول البدل اليهم وهو الدية وان لم يختر شيأ حتى مات العبد بطل حق المجنى عليه لفوات محل حقه

(قوله وثمرة الخلاف تظهر فى اتباع الجانى) أى بعد العتق اه هداية (قوله فان الواجب) أى الاصلى اه (قوله وله) أى المالك اه (قوله الى القيمة) والاداء من مال الاخر اه (قوله وكذا اذا اختار) أى المولى اه

بخلاف ما اذا مات بعد اختياره الفداء حيث لم يبرأ المولى لتحول الحق من رقبة العبد الى ذمته ولو فداه المولى ثم عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية كحكم الاولى لانه لما طهر عن الجناية الاولى بالفداء جعل كأنه لم يجن من قبل وهذا بناء على أنه لو جنى قبل أن يختار فى الاولى شيأ أو جنى جنايتين دفعة واحدة أو جنايات قبل لمولاه اما أن تدفعه بالكل أو تفديه بارش كل واحدة من الجنايات لان تعلق الاولى برقبته لم يمنع تعلق الثانية بها كالعيوب المتلاحقة ألا ترى أن ملك المولى لا يمنع تعلق الجناية فلأن المجنى عليه أولى أن لا يمنع بخلاف الرهن حيث لا تعلق به حق غيره من الغرماء والفرق أن الرهن ايفاء واستيفاء ممكن كالاستيفاء حقيقة وأما الجناية فليس فيها الا تعلق الحق لولى الاولى وذلك لا يمنع تعلق حق آخر به ثم اذا دفعه اليهم اقتسموه على قدر حقوقهم وحق كل واحد منهم أرش جنايته وللمولى أن يفديه من بعضهم ويأخذ نصيبه من العبد ويدفع الباقى الى غيره لان الحقوق صارت مختلفة باختلاف أسبابها وهو الجنايات المختلفة بخلاف ما اذا كان المقتول واحدا وله أولياء حيث لم يكن له أن يفدى من البعض ويدفع الباقى الى البعض لان الحق فيه متحد لاتحاد سببه وهو الجناية المتحدة وكذا المستحق واحد لان الحق يجب للمقتول ثم توارث خلافة فلا يملك التفريق فى موجبها قال رحمه الله (وان أعتقه غير عالم بالجناية ضمن الاقل من قيمته ومن الارش ولو علم لزمه الارش كبيعه وتعليق عتقه بقتل فلان وربيه وشحه ان فعل ذلك) معناه اذا جنى عبد فأعتقه مولاه قبل العلم بالجناية ضمن الاقل من قيمة العبد ومن أرش الجناية والاصل فيه أنه متى أحدث فيه تصرفا يعجزه عن الدفع عالما بالجناية يصير مختارا للفداء واولا فلا فاذا عرف ذلك جئنا الى ما ذكر فى الكتاب قوله (وان أعتقه غير عالم بالجناية ضمن الخ) وانما كان كذلك لانه فى الاول فوت حقه فى أفلهما الى ضمنه ولا يصير مختارا للفداء بهذا العتق لان الاختيار بدون العلم لا يتحقق وفى الثانى صار مختارا للفداء لان الاعتاق يمنعهم الدفع فالاقدام عليه اختيار منه للفداء وعلى هذا اذا باعه وهو لا يعلم بالجناية يلزمه الاقل منهما وان باعه وهو يعلم بالجناية صار مختارا للفداء لما قلنا وهو المراد بقوله كبيعه يعنى كما لو باعه عالما بالجناية وعلى هذين الوجهين الهبة والتسليم والاستيلاد لان كل واحد منها يمنع من الدفع لزوال الملك والتمليك بخلاف الاقرار لغير المجنى عليه بالعبد الجانى على رواية الاصل لانه لا يسقط بمضى ولى الجناية فان المقر له يخاطب بالدفع اليه وليس فيه نقل الملك لان الاقرار ليس بتمليك من جهة المقر وانما هو اظهار الحق فيحتمل أن يكون صادقا فبالملك فاذا لم يصر مختارا لا يلزمه الفداء ويدفع المخصومة عنه ان أقام بينة أنه للمقر وان لم يقم لا تندفع فيقال له اما أن تقدبه أو تدفعه فان فداه صار منقولا بالفداء حتى لا يرجع به على المقر له اذا حضر وصدقه لما مر وان دفعه كان المقر له بالخيار اذا حضر ان شاء أجاز دفعه وان شاء فداه وأطلقه الكرخى رحمه الله بالتمليك كالبيع والهبة لانه ملك المقر ظاهرا فبيعه المقر له بالاقرار فاسد كبيع البيع ولا فرق فى هذا المعنى بين أن تكون الجناية فى النفس أو فى الاطراف لان الكل موجب الدفع فلا يختلف وكذا لا فرق فى البيع بين أن يكون نعاوين أو بين أن يكون فيه خيار المشترى لان الكل يزيل الملك بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ثم نقضه أو العرض على البيع لان الملك لم يزل به ولا يقال المشترى باع باشرط الخيار له يصير مختارا لاجازته فوجب هنا أن يكون مختار الفداء لانا نقول لو لم يكن المشترى مختارا لزم منه بيع ملك غيره وهنا لا يلزم لانه يلزم فى البيع الغرور وهنا لا يلزم ولو باعه بيعا فاسدا لم يصر مختارا عند محمد خلافا لابى يوسف لان الملك لا يزول الا به بخلاف الكتابة الفاسدة حيث يكون مختارا للفداء بالاتفاق لان حكم الكتابة تعليق العتق بأداء المال وقد أقر بحر عن العبد فى الحال وهو ثابت بنفس الكتابة ولا كذلك البيع الفاسد لان حكمه وهو الملك لا يثبت الا بالقبض ولو كانت الكتابة صحيحة ثم عجز كان له أن يدفعه بالجناية ان كان ذلك قبل أن يقضى عليه بالقيمة وبعدها لا يدفعه لتقرر القيمة بالقضاء ولو باعه

(قوله لا يتعلق به حق غيره) أى غير المرتهن اه

من الجنى عليه كان مختارا للفداء بخلاف ما اذا وهبه منه لان المستحق له أخذه بغير عوض وهو متحقق في الهبة دون البيع واعتاق الجنى عليه باسر المولى بمنزلة اعتاق المولى فيما ذكرنا لان فعل المأمور فيه ينتقل الى الآمر ولو ضربه فنقصه كان مختارا بعد العلم لانه حبس جزأ منه الا ازال النقصان قبل القضاء بالقيمة فكان له أن يدفعه بها زوال المانع من الدفع قبل تقرر القيمة وبوطء البكر يكون مختارا بخلاف وطء الثيب من غير اعلاق والتزويج والاستخدام لان التزويج تعييب حكمي اذ لا يعجزه عن التسليم اليه وليس فيه امساك شئ منه والاستخدام لا يختص بالملك ولهذا لا يسقط به خيار الشرط وطعن عيسى في التزويج فقال انه تعييب فوجب أن يكون مختارا به ووجوابه ما ذكرنا وفي الوطء خلاف زفر وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله ووجهه أنه دليل الامساك فصار كوطء من له الخيار قلنا لو لم يكن دليل الامساك في حق من له الخيار لكان واطئا ملك غيره ولا كذلك في الجناية لان له أن يطأها ثم يدفعها بالجناية اذا تيقن بالدفع أن الوطء وقع في غير ملكه ألا ترى أنه لا يستحقه بزوائده ومن له الخيار يستحقه بزوائده ويصير مختارا بالاجارة والرهن في رواية كتاب العتاق لانهما لا زمان فيكون محدثا فيه ما يعجزه عن الدفع والاظهر أنه لا يصير مختارا بهما للفداء لانه لم يعجزه عن الدفع لان له أن يفسخ الاجارة والرهن لحق المجنى عليه لتعلق حقه بعين العبد سابقا على حقهما فيفسخان صونا لحقه عن البطلان بخلاف البيع لان حق المجنى عليه لا يمنع تصرف المولى بجهة الملك فيثبت للمشتري ملك صحيح والملك أقوى من الحق فلا يجوز ابطاله به بخلاف الاجارة والرهن لانهما حقان تعلقا بالعين فيرجح حق المجنى عليه بالسبق وكذا لا يصير مختارا بالاذن في التجارة وان ركبه دين لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة الا أن لولي الجناية أن يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى بعد ما تعلق بحقه فيلزم المولى قيمته ولو جنى جنايتين فعلم احداهما دون الاخرى وتصرف فيه تصرفا يصير به مختارا للفداء صار مختارا فيما علم وفيما لم يعلم بلزوم حصته من قيمة العبد ولو قال لعبده ان قتلت فلانا أو رميته أو شجبته فأنت حر كان مختارا للفداء ان فعل العبد ذلك وهو المراد بقوله كبعته وتعليق عتقه بقتل فلان ورميه وشجه ان فعل ذلك أي كما يصير مختارا ببيعه بعد العلم بها وبتعليق عتقه بما ذكر من القتل والرمي والشج يصير مختارا بالاعتاق بعد العلم بها وانما يصير مختارا بالتعليق عند علمائنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله لا يصير مختارا بتعليق العتق بما ذكرنا لان أوان تكلمه به لا جناية من العبد ولا علم للمولى بما سيجد بعد وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا ألا ترى أنه لو علق الطلاق أو العتاق بالشرط ثم حلف أن لا يطلق أو لا يعتق ثم وجد الشرط وقعت العتق والطلاق لا يحنث بذلك في يمينه تلك فكذا هذا ولنا أنه علق الاعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز عنده فصار كما اذا أعتقه بعد الجناية ألا ترى أن من قال لامرأته ان دخلت الدار فوالله لا أقربك يصير ايلاء من وقت الدخول وكذا اذا قال لها اذا مرضت فأنت طالق ثلاثا فمرض حتى طلقت ومات من ذلك يصير فارا لانه يصير مطلقا بعد وجود المرض بخلاف ما أورده لان غرضه طلاق أو اعتاق يمكنه الامتناع عنه اذا البين للمنع فلا يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع عنه ولا نسترضه على مباشرة الشرط بتعليق أقوى الدواعي الى القتل والظاهر أنه يفعله وهذا دلالة الاختيار هذا اذا علقه بجناية توجب المال كالخطأ وشبه العمد وان علقه بجناية توجب القصاص بان قال له ان قتلته بالسيف فأنت حر فلا يجب على المولى شئ بالاتفاق لانه لا فرق بين العبد والحر في القصاص فلم يكن المولى مفوتا حق ولي الجناية بالعتق قال رحمه الله (عبد قطع يد حر عمدا ودفع اليه فحز رجليه من اليد فاصلح العبد صلحا بالجناية فان لم يحز رد على سيده ويغلا) لانه اذا لم يعتقه وسرى ظهر أن الصلح كان باطلا لان الصلح وقع على المال وهو العبد عن دية اليد اذا القصاص لا يجرى بين الحر والعبد في الاطراف والسراية ظهر أن دية اليد غير واجبة وأن الواجب هو القود فصار الصلح باطلا

لان الصلح لا يتأتى من مصالح عنه والمصالح عنه المال ولم يوجد فبطل الصلح والباطل لا يورث شبهة كما لو وطئ مطلقته ثلاثا في عدتها مع العلم بحرمتها عليه فانه لا يسقط شبهة في درء الحد فكذا هذا فوجب القصاص وأما اذا أعتقه ففقد قصد صحة الاعتاق ضرورة لان العاقل يقصد تحسين تصرفه ولا صحة له الا بالصلح عن الجناية وما يحدث منها ابتداء ولهذا لو نص عليه ورضي به جاز فكان مصالحا عن الجناية وما يحدث منها ابتداء على العبد فتنتفي الاقدام على الاعتاق والمولى أيضا مصالح معه على هذا الوجه راض به لانه لما رضي بكون العبد عوضا عن القليل كان أرضى بكونه عوضا عن الكثير فاذا أعتقه صح الصلح في ضمن الاعتاق ابتداء ولذا لم يعتقه لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الاول وقع باطلا فبقي العبد الى المولى والاولياء بالخيار ان شاؤا عفوا عنه وان شاؤا قتلوه وذكر في بعض نسخ الجامع الصغير رجل قطع يد رجل عمدا فصالح المقطوع يده على عبد ودفعه اليه فأعتقه المقطوع يده ثم مات من ذلك فالعبد صلح بالجناية وان لم يعتقه رد على مولاه وقيل للاولياء ما أن تقتلوه أو تعفوا عنه والوجه ما بيناه فاتحد الحكم والعلة واختلفا صورة ثم هذه المسئلة وهي مسئلة الصلح ترد اشكالا على قول أبي حنيفة رضي الله عنه فيما اذا عفى عن البدء سرى في النفس ومات حيث يبطل العفو ولا يجب القصاص هنالك وفي هذه المسئلة قال يبطل الصلح ويجب القصاص فيما اذا لم يعتق العبد وان أعتقه فالصلح باق على حاله فالجواب أما اذا لم يعتقه فقد قيل ماذكر في مسئلة الصلح جواب القياس وماذكر في مسئلة العفو جواب الاستحسان خ وان على القياس والاستحسان وقيل بالفرق بينهما ووجهه أن الصلح عن الجناية على مال يقترن بالجناية ولا يبطلها لان الصلح عن الجناية استيفاء للجناية معنى لاستيفاء بدلها واذا بقيت الجناية يتوفر عليه عفو بها وهو القصاص وأما العفو فهو معدم للجناية والعفو عن القطع وان بطل بالسراية الى النفس لكن بقيت شبهة لوجود صورة العفو وهي كافية لدرء الحد وأما اذا أعتقه فجوابه هو الفرق الذي ذكرناه أن العتق يجعل صلحا ابتداء بخلاف العفو وعلى قولهما أيضا ورد في الصورتين لانهما كانا يجعلان العفو عن القطع عفوا عما يحدث منه وفي الصلح لم يجعلا كذلك بل أوجبا القصاص عليه اذا لم يعتقه وجعلاه صلحا مبتدأ اذا أعتقه قال رحمه الله (حتى مأذون له مديون خطأ فزيد بلا عمد عليه قبة لرب الدين وقيمة لولي الجناية) لانه أتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع على الاولياء والبيع على الغرماء فكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين بايفاء من الرقبة الواحدة بان يدفع الى ولي الجناية أولا ثم يباع للغرماء فيضمنهما بالتفويت بخلاف ما اذا أتلفه أجنبي والمسئلة بحالها حيث يجب عليه قيمة واحدة للمولى بحكم الملك في رقبته فلا يظهر حق الغريمين بالنسبة الى ملك المالك لانه دون الملك فصار كأن ليس فيه حق ثم الغريم أحق بتلك القيمة لانها مالية العبد والغريم مقدم في المالية على ولي الجناية لان الواجب أن يدفع اليه ثم يباع للغريم فكان مقدما معنى والقيمة هي المعنى فتسلم اليه وفي الفصل الاول كان التعارض بين الحقين وهما متساويان فيظهر ان فيضمنهما والاصل أن العبد اذا جنى جناية توجب دين خير المولى بين الدفع الى ولي الجناية والفداء فان اختار الدفع دفع الى ولي الجناية ثم يسعى في الدين فان فضل شيء فهو لولي الجناية لانه بدل ملكه والا فلا شيء له وانما بدئ بالدفع هما بين الحقين لانه أمكن بعد الدفع ولو بدئ ببيعه في الدين لا يمكن دفعه بالجناية لانه لم يوجد في يد المشتري جناية ولا يقال لا فائدة في الدفع اذا كان يباع عليه لانا نقول فائدته ثبوت استخلاص العبد لان ولي الجناية يثبت له حق الاستخلاص وللانسان أغراض في العين فاذا كان الواجب هو الدفع فلو أن المولى دفعه الى ولي الجناية بغير قضاء لا يضمن استحسانا لانه فعل عين ما يفعله القاضي وفي القياس يضمن قيمته لوجود التمليك كما لو باعه أو وهبه ولو دفعه الى أصحاب الدين صار مختارا الفداء كما لو باعه لانه ليس بواجب عليه بل الواجب عليه الدفع بالجناية أولا ولو أن القاضي باعه في الدين ببينة قامت عليه ثم حضر

(قوله الدفع على الاولياء) يعني أتلف الدفع على الاولياء وأتلف البيع على الغرماء اه من خط الشارح رحمه الله

ولى الجناية ولو بفضل من الثمن حتى سقط حقه لان القاضي لا يلزمه العهدة فيما فعل ولو سلم البيع ودفع الى ولى الجناية لا يحتج الى بيعه ثانيا لما ذكرنا فلا فائدة فى التسليم ثانيا قال رحمه الله (ماذون مديونة ولدت بعد ما بيعت مع ولدها للدين وان جنت فولدت لم يدفع الولد لها) والفرق ان الدين متعلق برقبتها لان الدين عليها وهو صفة لها حكمى فيسرى الى الولد لان الصفات الشرعية الثابتة فى الاصل تسرى الى الفرع كالملك والرق والحرية وأما الدفع بالجناية فواجب فى ذمة المولى لا فى ذمتها وانما يلاقيها أثر الفعل الحقيقى وهو الدفع فقبل الدفع كانت رقبتها خالية عن حق ولى الجناية فلذلك لا يجرى القصاص على الاولاد دولا الحد لانهما فعلان محسوسان كالدفع ولا تبعية فيه فان قيل اذا كان الدين عليها فلماذا يبطل المولى اذا أعتقها والانسان اذا أتلف المديون لا يضمن شيأ قلنا وجوب الضمان باعتبار تفويت ما تعلق به حقهم استيفاء لا باعتبار وجوب الدين على المولى ألا ترى أنه يضمن القيمة لا غير ولو كان باعتبار الوجوب عليه لضمن كل الدين كالعبد الجانى اذا أعتقه المولى بعد العلم بالجناية ولهذا يتبع الغريم بالفضل العبد المديون بعد العتق ولو كان على المولى لما اتبع كالعبد الجانى ولا يرد علينا وجوب دفع الارش معها اذا جنى عليها قبل الدفع وأخذ المولى الارش لان الارش بدل جزئها وحق ولى الجناية تعلق بجميع أجزائها فانفاتت جزء منها وأخلف بدلا تعلق بحقه كما اذا قتلت وأخلف بدلا اعتبارا للجزء بالكل بخلاف أم الولد وقوله ما ذونة مديونة ولدت شرط السراية الى الولد أن تكون الولادة بعد طروق الدين لانها اذا وطئت فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر منذ يوم بيعها بخلاف الاكساب حيث تتعلق حق الغرماء بما كسبت قبل الدين وبعده لان للبيد اعتبارا فى الكسب حتى لو أقر بها حد فيه كانت هى الخصم فيه فيه عتب البيد كانت هى أحق به من سيدها لقضاء دينها بخلاف الولد فانها لما استحق بالسراية وذلك قبل الدين لا تبعه كونها مكاتبة ولا أم الولد والمدبرة وكولد المدبرة لانها حقوق مستقرة فى الرقبة حتى صار صاحبها ممنوعا عن التصرف قال رحمه الله (عبد زعم رجل أن سيده حره فقتل وليه خطأ لا شئ له) معناه اذا كان العبد فى يد رجل فزعم رجل أن مولاه أعتقه فقتل العبد خطأ ولى ذلك الرجل الذى زعم أن مولاه أعتقه فلا شئ له لانه لم يزعم أن مولاه أعتقه فقد أقر أنه لا يستحق على المولى دفع العبد ولا الفداء بالارش وانما يستحق الدية عليه لو على العاقلة لانه حر فيصدق فى حق نفسه فسقط الدفع والفداء عن المولى ولا يصدق فى دعوى الدية عليهم لانجحة ولا تبعية قال رحمه الله (ومن اعترف بجناية خطأ ثم قال هى على عبدى فلان فهو على ما أقر به وجعل فى الكتاب الاقرار بالحرية قبل الجناية وهما لا يتفاوتان وأما اذا أقر المجنى عليه بعد ما دفع اليه فهو حر لانه ملكه بالدفع وقد أقر له بحريته فيعتق عليه باقراره وصار نظير من اشترى عبد امن آخر بمصر ورءوه قبل البيع قال رحمه الله (قال معتق لرجل قتلت أخاك خطأ وأنا عبدوقال الرجل بعد العتق قد قتلتو بتعمد) معناه اذا أعتق العبد ثم قال لرجل بعد العتق قتلت أخاك خطأ وأنا عبد وقال الرجل بل قتلته وأنت حر فالقول قول العبد لانه منكر لتضمان لما أنه أسنده الى حالة معهودة تنافيه للضمان اذ الكلام فيما اذا كان رقه معروفا وانو جوب فى جناية العبد على المولى دفعا أو فداء فصار كما اذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتى وأعتقت أمتى أو بعت دارى وأنا صبى أو قال طلقت امرأتى وأنا مجنون وقد كان جنونه معروفا كان القول قوله لما ذكرنا قال رحمه الله (وان قال لها قطعت يدك وأنت أمتى وقالت بعد العتق بل قطعتها وكذا كل ما أخذ منها الا الجماع والغلة) معناه اذا أعتق رجل جارية ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتى فقالت هى بل قطعتم وأنا أم ولد فالقول قولها وكذا القول قوله فى كل ما أخذ منها الا الجماع والغلة استحسانا وعند هما القول قولها وقال محمد رحمه الله لا يضمن الاشيأ فاشيأ بعينه يؤمر برد عليها لانه منكر وجوب الضمان لاسناد الفعل الى حالة معهودة منافية له كما فى المسئلة الاولى وكما فى الوطء والغلة وفى القائم أقر به هاهنا حيث اعترف بالاخذ منها ثم ادعى التمليك عليها

(قوله بخلاف الولد) أى لانه ليس بعوض عنها ولا عن جزئها اه (قوله وقال فى النهاية وضع المسئلة) أى فى المبسوط اه من خط قارئ الهداية (قوله فالقول قول العبد) أى مع يمينه بالاجماع اه كى (قوله دفعا وفداء) ولا يتصور وجوب الدية على العبد فى قتل الخطأ فى حال رقه اه

وهي تتكرر في القول قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد اليها ولهما أنه أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله كما اذا قال لغيره أذهبت ضوء عينك اليمنى وعينى اليمنى صحيحة ثم فقئت فقال المقر له بل ذهبتها وعينك اليمنى مدة طويلة والقول قول المقر له وهذا لانه لم يسند الى حالة منافية للضمان لان يضمن بدءا اذا قطعها وهي مدبونة بخلاف الوطء والقتل لان وطء المولى أمته المدبونة لا يوجب العقر وكذا أخذه من غلتها وان كانت مدبونة لا يوجب الضمان عليه فحصل الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان في جميعها وعلى هذا الخلاف لو قال لرجل حربي أسلم أخذت مالك وأنت حربي فقال بل أخذته بعد ما أسلمت قال رحمه الله (عبد محجور أمر صبيا حرا بقتل رجل فقتله فديته على عاقلة الصبي) لان الصبي هو المباشر للقتل وعمده وخطؤه سواء فيجب على عاقلته ولا شئ على العبد الآمر وكذا الحكم اذا كان الآمر الصبي عبدا لانهما لا يؤخذان بأقوالهما لان المؤاخذة فيها باعتبار الشرع ولم يعتبر قولهما ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي لان الآمر أباح ورجوعهن على العبد الآمر بعد العتق لان عدم الاعتبار كان لحق المولى لانتفاء أهلية العبد وقد زال حق المولى بالاعتاق بخلاف الصبي لانه ناصر لا اهلية وفي شرح الزيادات للامام العتابي لا ترجع العاقلة على العبد بأيسر أبيان هذا ضمان جناية وهو على المولى لا على العبد وقد تعذر اتحاد على المولد لمكان الحجر وهذا أوفق القواعد الا ترى أن لعبد اذا أقر بعد العتق بالقتل خطأ يجب عليه شئ لكونه مسندا الى حالة منافية للضمان على ما بينا قبيل هذا ولهذا لو حفر لعبد بئرا أو عقد سراويله ثم وقع فيها انسان فهلك لا يجب على العبد شئ وانما يجب على المولى قيمته لان جناية العبد لا توجب عليه شيأ وانما توجب على المولى فتجب عليه قيمة واحدة وتوءمان فيها ألف نفس فيتقدرون بالعصر قال رحمه الله (وكذا ان أمر عبدا) معناه أن يكون الآمر عبدا والمأمور أيضا عبدا محجورا عليهما فيخاطب مولى القاتل بالدفع أو الفداء ولا رجوع له على الآمر في الحال ويرجع بعد العتق بالاقل من القيمة وقيمة العبد لانه غير متهم في دفع الزيادة وعلى قياس ما ذكرها الامام العتابي رحمه الله لا يجب عبد شئ لما بينا وهذا اذا كان القتل خطأ وكذا اذا كان عمدا ولعبد القاتل صغيرا لان عمده خطأ على ما بينا وأما اذا كان كبيرا يجب القصاص لانه من أهل العقوبة وأمر رجل حر صبيا حرا فالدية على عاقلة الصبي لانه المباشر ثم ترجع العاقلة على عاقلة الرجل لانه المسبب لان الآمر ملجئ القاتل لضعف فيه ولا يمكن كيف تعقل عاقلة الرجل ما لزم بسبب القول فينبغي أن يكون كالاقرار لانا نقول هذا قول يخفى كذب وهو تسبب فجعل بمنزلة الاقرار بالقتل لانه يحتمل الكذب فلا تعقله العاقلة ولو كان المأمور عبدا محجورا عليه كبيرا أو صغيرا يخير المولى بين الدفع والفداء وأيهما اختار يرجع بالاقل على الآمر في مسئلة الآمر سواء كان صبيا بعد البلوغ كما استهلكه من الغصب في عاقلة على عاقلة بخلاف لان ذا ضمان جناية لكن المأمور حرا لا تصور فيه الغصب فيكون على العاقلة وان كان المأمور حرا لعدم عاقلة معتبرة على عاقلته الدية ولا ترجع العاقلة على الآمر بحال لان أمر مثله لا يصح ولا يأثم هو أيضا بأمر مثله لا شئ في الدم وان كان الآمر عبدا مأذونا له في تجارة كبيرا كان أو صغيرا والمأمور عبدا محجورا عليه أو مأذونا له يخير مولى المأمور بين الدفع والفداء وأيهما فعل رجع على العبد المأذون له لان هذا ضمان غصب وانه من جنس ضمان التجارة لانه يؤدي الى تلف المغصوب بأداء الضمان والمأذون له يؤاخذ بضمان التجارة بخلاف ما اذا كان المأمور حرا حيث لا ترجع عاقلة المأمور على الآمر في الحال ولا بعد الطريقة لعدم تحقق الغصب في الحر ولو كان الآمر صبيا حرا مأذونا له في التجارة فحكمه حكم العبد المأذون له يرجع عليه فيما اذا كان المأمور عبدا تحقق الغصب فيه ويكون ذلك في ماله دون عاقلته لانه ضمان جناية وانما هو ضمان تجارة ولا يرجع عليه اذا كان المأمور حرا لعدم تصور الغصب فيه فصار بمنزلة الآمر في حقه كالصبي الحر وعليه ولو كان الآمر مكاتبا صغيرا كان أو كبيرا

(قوله منافية للضمان في حقهما) أي في حق الغلة والوطء اه

والمأمور بعبي حر يجب الدية على عاقلة الصبي وترجع العاقلة على المكاتب بالاقل من قيمته ومن الدية لان هذا حكم جناية المكاتب بخلاف القن فان حكم جنايته على المولى فيجب عليه ان أمكن والا سقط على ما مينا وان عجز المكاتب بعد ما قضى القاضي عليه بالقيمة تباع رقبته الا أن يفدي المولى بدينهم وهو القياس أن يبطل حكم جنايته وهو قول أبي حنيفة رضي الله عنه لانه بالعجز صار رقنا وأمره لا يصح ولكنهما يقولان لما قاضى عليه بالقيمة صار دينا عليه وتقرر فلا يسقط حتى لو عجز قبل القضاء عليه بالقيمة بطل حكم جنايته لان حكم جنايته انما يصير دينا عليه بالقضاء ولم يوجد وان عجز بعد ما أدى كل القيمة لا يبطل بالاجماع حتى لا يسترد المولى القيمة ولو أدى البعض ثم عجز سلم ما أداه لهم و بطل الباقي عندهما لا يبطل وان كان المأمور عبدا فخير مولا بين الدفع والفداء ثم يرجع على المكاتب بقيمة المأمور الا اذا كانت قيمته أكثر من الدية فتنقص عشرة دراهم بقي اشكال وهو أن يقال ان هذا ضمان الغصب ففيه يضمن قيمته بالغة ما بلغت فكيف نقص عشرة دراهم كضمان الجناية فجوابه هذا ضمان الغصب لكن حصل بسبب الجناية فباعتبار الغصب وجب قيمة المأمور وباعتبار السبب روعي التقدير لوجوده بسبب الجناية فاعتبر بها في حق التقدير وان عجز المكاتب قبل أن المأمور يطالب مولى المكاتب ببيعه لان ضمان الغصب لا يسقط بعجز المكاتب وان أعتق المولى المكاتب فقبل المأمور بالخيار ان شاء رجع بجميع قيمة المأمور على المعتق لانه ضمان غصب فلا يبطل بالاعتاق وان شاء رجع على المولى بقدر قيمة المعتق و بالفضل على معتق المولى لتمام قيمة المأمور وان كان المأمور مكاتبا يجب على المأمور ضمان قيمة نفسه ولا يرجع بشيء على الآمر لانه تعذر رهذا أن يجعل ضمان غصب لان المكاتب حر من وجه فلا يكون محلا للغصب صغيرا كان أو كبيرا كالحر وتعذر الرجوع بحكم الجناية أيضا لانه لا جناية من الآمر لكون المأمور كبيرا حكما سواء كان صغيرا أو كبيرا لان المكاتب الصغير ملحق بالكبير فصار كالحر البالغ العاقل اذا كان مأمورا قال رحمه الله (عبد قتل رجلين عمدا ولكل وليان فعفا أحد ولي كل منهما دفع سيده نصفه الى كل واحد من أولياء الدية) أي للولي الخيار ان شاء دفع نصف العبد الذي لم يعف من ولي القتيلين وان شاء فداه بدية كاملة لانه لما عفا أحد ولي كل واحد منهما سقط القصاص في الكل وانقلب نصيب الساكتين مالا وهو دية كاملة لان كل واحد من القتيلين يجب له قصاص كامل على حدة فاذا سقط لقصاصان وجب أن ينقلب كله مالا وذلك دينان فيجب على المولى عشرون ألفا أو دفع العبد غير أن نصيب العافين سقط مجانا فانقلب نصيب الساكتين مالا وذلك دية واحدة لكل واحد منهما نصف الدية أو دفع نصف العبد لهما فيصير المولى بينهما قال رحمه الله (وان قتل أحدهما عمدا والآخر خطأ فعفا أحد ولي العمد فدى بنصفه ولي الخطأ ونصفه لاحد ولي العمد أو دفعه اليهم أثلاثا) لان ولي الخطأ حقه في الدية عشرة آلاف درهم وحق ولي العمد في القصاص فاذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر مالا وهو نصف الدية خمسة آلاف درهم فاذا فدى فداه بخمسة عشر ألف درهم عشرة آلاف درهم لولي الخطأ وخمسة آلاف لغير العافي من ولي العمد وان دفعه دفعه اليهم أثلاثا ثلثه لولي الخطأ وثلثه للساكت من ولي العمد بطريق العول لان حقهم في الدية كذلك فيضرب ولي الخطأ بعشرة آلاف و يضرب غير العافي من ولي العمد بخمسة آلاف وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يدفعه أرباعا بطريق المنازعة ثلاثة أرباعه لولي الخطأ وربعه لغير العافي من ولي العمد لان نصفه لم لولي الخطأ بلا منازعة واستوت منازعتهم في النصف الآخر فيقتسمانه فان قيل ينبغي أن يسلم لولي ربع العبد في هذه المسئلة وهو نصيب العافي من ولي العمد و يدفع ثلاثة أرباعه اليهم يقسم بينهم على قدر حقوقهم كما لم له النصف في المسئلة الاولى وهو نصيب العافيين قلنا لا يمكن ذلك هنا لان ولي الخطأ استحقاه كله ولم يسقط من حقهما شيء وهذا لان حق كل واحد من الفريقين تعلق بكل الرقبة في المسئلتين غير أنه

(قوله وأمره لا يصح) أي أمر لقن بالقتل لا يصح اه

لما عفا أحدولي كل قتيل سقط حق العافين عن الرقبة في المسئلة الاولى وخلا نصيبهما منه عن حقهما وصار ذلك للولي وهو النصف بخلاف ما لم تحن فيه فان حق ولي الخطأ ثابت في الكل على حاله فكانت الرقبة كلها مستحقة لهما والنصف لغير العافي من ولي العمد فلهذا افترقا فتقسم كلها على قدر حقوقهم بطريق العول فيه أو المنازعة ولهذه المسئلة نظائر وأمثلة ذكرناها في كتاب الدعوى من هذا الكتاب بأصولها التي نشأ منها الخلاف بتوفيق الله تعالى فلا نعيده قال رحمه الله (عبد هما قتل قريبهما فعفا أحدهما بطل الكل) معناه اذا كان عبد بين رجلين فقتل قريبهما كأبيهما أو أخيهما فعفا أحدهما بطل الجميع فلا يستحق غير العافي منهما شيأ من العبد غير نصيبه الذي كان له من قبل وكذا اذا كان العبد لغريب لهما أو لعتقهما فقتل مولاه فورثاه بطل الكل وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله يدفع الذي عفا نصف نصيبه الى الآخرين شاء وان شاء فداه بربع الدية لان حق القصاص ثبت لهما في العبد على الشيوع لان الملك لا يتأتى في استحقاق القصاص عليه للولي فاذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير أنه شائع في كل العبد فيكون نصفه في نصيبه ونصفه في نصيب صاحبه فما أصاب نصيبه سقط لان المولى لا يستوجب على عبده مالا وما أصاب نصيب صاحبه ثبت وهو نصف النصف وهو الربع فيدفع نصف نصيبه أو يفديه بربع الدية ولابي حنيفة رحمه الله أن ما يجب من المال يكون حق المولى لانه بدل دمه ولهذا تقضى منه ديونه وتنفذ منه وصاياه ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ عن حاجته والمولى لا يستوجب على عبده مالا فلا يخلفه الورثة فيه ولان القصاص لما سار مالا صار معنى الخطأ وفيه لا يجب شيء فكذا ما هو في معناه والله سبحانه أعلم

﴿فصل﴾ قال رحمه الله (قتل عبد خطأ تجب قيمته ونقص عشرة لو كانت عشرة آلاف أو أكثر وفي الامة عشرة من ستة آلاف والمغصوب تجب قيمته بالغة ما بلغت) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف والشافعي رحمهما الله تجب قيمته بالغة ما بلغت وفي الغصب تجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع لهما ما روي عن عمر وعلي وابن عمر رضي الله عنهم أنهم أوجبوا في قتل العبد قيمته بالغة ما بلغت ولان الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى وهو لا يعلك الا من حيث المالية ولو كان بدل الدم لكان لعبد آدم وفي حق الدم مبتى على أصل الحرية فصار أهلا بدل المالية ولهذا لو قتل العبد المبيع قبل القبض ينفسخ عقد البيع ويبقى بقاء المالية أصلا أو بدلا في حال قيامه أو هلاكه فصار كسائر الاموال وكقتل الفهد والغصب ولان ضمان المال بالمال أصل وضمان ما ليس بمال بالمال خلاف الاصل ومهما أمكن ايجاب الضمان على موافقة القياس لا يصار الى ايجابه بخلاف الاصل ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى ودية مسلمة الى أهله أو جبها مطلقا من غير فصل بين أن يكون حرا أو عبدا والدية اسم الواجب بمقابلة الآدمي وهو آدمي فيدخل تحت النص وهذا لان المذكور في الآية حكمان الدية والكفارة والعبد داخل في حق الكفارة بالاجماع لكونه آدميا فكذا في حق الدية لانه آدمي

(٢١ - زيلعي سادس) قوله ولابي المعتوه الخ وفي باب ما يوجب القصاص (قوله ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى ودية مسلمة) وجه الاستدلال أنه تعالى سمى الواجب في قتل المؤمن خطأ دية والعبد مؤمن فتل خطأ فيجب فيه الدية والدية اسم لما يجب بمقابلة الآدمي لا بمقابلة المال وما يجب بمقابلة المال يسمى قيمة ومتعا أو هو العرف فثبت بدلالة الآية أن العبد مضمون بمقابلة الآدمي ولا زاد على نقد والشرع في الدية ونقص عنها بأثر عبد الله بن مسعود لنقصان الرق فيه لئلا يلزم التسوية بين كامل الحال وناقص الحال والدليل على أن معنى الآدمية راجح فيه أن أكثر تكاليف الشرع متوجهة عليه بالاجماع من حيث الآدمية فاقتضى أن يكون مضمونا من

حيث انه آدمي ولهذا وجب القصاص بقتله (قوله ولهذا يجب القصاص بقتله بالاجماع) يشير مطلقة على قول أبي يوسف وفيما اذا كان القاتل عبدا على قول الشافعي رحمهما الله اه (قوله وما روياه من الاثر معارض بأثر ابن مسعود) وأثر ابن مسعود سيأتي بعد أسطر اه (قوله والاول أظهر) قال الاتقاني (١٦٢) وهذا ظاهر الرواية لان هذا دية الحر فتنقص منها عشرة كما تنقص من دية الرجل وليس

كذلك اذا قطع يد العبد أنه لا يتجاوز خمسة آلاف الا خمسة لان ما يجب في البد جزء مما يجب في الجملة فتقدر بنصفها وما يجب في الاثنى ليس بجزء من دية الذكر وانما هي دية في نفسها فلذلك قدر النقص فيها بعشرة وفي رواية الحلس عن أبي حنيفة في قتل الامة خطأ اذا زادت قيمتها على دية الحر خمسة آلاف درهم الاخمسة قال الفقيه أبو الليث السمرقندي في كتاب العيون رواية الحسن ابن زياد هو القياس اه وكتب ما نصه وهو ما تقدم في المتن أنه خمسة آلاف الا عشرة اه (قوله لما وجب أصلا) أي في جراحة يساوي ارشها عشرة فما دونها اه (قوله اظهارا لدنوئيته) هكذا هو في عامة الكتب كالهداية والخلاصة ومجمع البحرين وشرحيه والاختيار وفتاوى الوالوالجي والتتمة وفي المجتبى عن المحيط نقصان الخمسة هنا باتفاق الروايات بخلاف فصل الامة اه وذكر في النهاية عند قول صاحب الهداية لانه ازداد على خمسة آلاف الا خمسة هذا الذي ذكره خلاف ظاهر الرواية

ولهذا يجب القصاص بقتله بالاجماع ويكون مكفلا ولولا أنه آدمي لما وجب القصاص ولا كاف كسائر الاموال غاية الامر أنه يقال فيه معنى المالية وذلك لا يمنع اعتبار الآدمية بدليل ما ذكرنا من الاحكام ولانه لما كان فيه معنى المالية والآدمية وجب اعتبار أعلاهما وهي الآدمية عند تعذر الجمع بينهما باهدار الادنى وهي المالية ولان الآدمية أسبق والرق عارض بواسطة الاستكساف فكان اعتبار ما هو الاصل أولى الا ترى أن القصاص يجب بقتله عمدا بهذا الاعتبار والمتلف في حالة العمد والخطأ واحد فاذا اعتبر في احدى حالتي القتل آدميا وجب أن يعتبر في الحالة الاخرى كذلك اذ الشيء الواحد لا يتبدل جنسه باختلاف حالة اتلافه وهذا أولى من العكس لان في العكس اهدار آدميته والحاقه بالبهائم والجماد وما روياه من الاثر معارض بأثر ابن مسعود رضي الله عنه أو هو محمول على الغصب وضمان الغصب بمقابلة المالية لانه لا معارض لها اذ الغصب لا يرد الا على المال وبقاء العقد لا يعتمد المالية وانما يعتمد الفائدة الا ترى أنه يبقى بعد قتله عمدا أيضا وان لم يكن القصاص مالا ولا بد لاعتبار المالية وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية الا أنه لا يسمح فيه فقدرناه بقيمته وبالاختلاف كثير القيمة لان فيه قول ابن مسعود رضي الله عنه لا يبلغ بقيمة العبد دية الحر بل ينقص منه عشرة دراهم والاثر في المقدرات كالخبر اذ لا يعرف الاجتهاد ولان آدميته نقص فيكون بدلها أقل كلمر أة الجنين الا ترى أنه لما كان أنقص تنصفت النعم والعقوبات في حقه اظهارا لانحطاط رتبته فكذا في هذا وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أنه يجب في الامة خمسة آلاف درهم الا خمسة لان دية الانثى نصف دية الذكر فيكون الناقص عن دية الانثى نصف الناقص عن دية الذكر كما في الاطراف والاول أظهر لان أقل مالة نخطر في الشرع عشرة كنصاب السرقة والمهر وما دونه لا يعتبر بخلاف الاطراف لانه بعض الدية فينقص من كل جزء بحسابه ولو نقص من كل جزء عشر قلنا وجب أصلا قال رحمه الله (وما قدر من دية الحر قدر من قيمته في يده نصف قيمته) لان القيمة في العبد كالدية في الحر أذ هو بدل الدم على ما بينا فيكون في يده نصف قيمته لا يزاد على خمسة آلاف الا خمسة لان اليد من الآدمي نصفه فيعتبر بكله وينقص هذا المقدار اظهارا لدنوئيته وقيل يضمن في الاطراف بحسابه بالغة ما بلغت ولا ينقص منه شيء لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال وهذا يؤدي الى أمر شنيع وهو أن ما يجب في الاطراف أكثر مما يجب في النفوس بأن كانت قيمته مثلا مائة ألف فانه يقطع يده بخمسين ألفا وبقتله عشرة آلاف الا عشرة وفي المبسوط رواية ان في رواية الاصل يجب حكومة عدل وهو الصحيح لان المقصود من العبد الخدمة لا الجمال وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه يجب كمال القيمة لان الجمال في حقه مقصود أيضا قال رحمه الله (قطع يد عبد فقرر سيد مفات منه وله ورثته غيره لا يقتص والا اقتص منه) وانما لا يقتص في الاول لاشتباه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فيحتقق الاشتباه فيتعذر فلا يجب على وجه يستوفى اذ الكلام فيما اذا كان للعبد ورثة أخر سوى المولى واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لان الملك يثبت لكل واحد منهما في احدى الحالتين ولا يثبت على الدوام فيهما فلا يكون الاجتماع مفيدا ولا يقال بأذن كل واحد منهما لصاحبه لان الاذن انما يصح اذا كان الآذن يملك ذلك بخلاف

ففي المبسوط يجب نصف قيمته بالغة ما بلغت في الصحيح من الجواب الا في رواية عن محمد أنه يجب في قطع يده خمسة آلاف الا خمسة ووجه الظاهر أن العبد في حكم الجناية على أطراف بمنزلة المال ولهذا لا يجب القصاص بحال ولا تتحملها العاقلة الا أن محمدا قال في بعض الروايات القول بهذا يؤدي الى أن يجب بقطع طرف العبد فوق ما يجب بقتله كما لو قطع يد عبد يساوي ثلاثين ألفا يضمن خمسة عشر ألفا وكذا ذكر في الكفاية وحكاه الاكمل عن النهاية وعليه مشى عز الدين يوسف الرازي في شرح الكنز اه

العبد الموصى برقبته لرجل و بخدمته لآخر لان ملك كل واحد منهما دائم فصار اعتزاله الشريك فيه فلا ينفرد أحدهما بقبه دون الآخر لما فيه من ابطال حق الآخر فيقتل باجتماعهما على الرضا بخلاف حفه وأما في الثاني وهو ما اذا لم يكن له ورثة غير المولى فالمذكور قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجب القصاص فيه أيضا لان سبب الولاية قد اختلف لانه الملك على اعتبار حالة الجرح والوراثة بالولاء على اعتبار حالة الموت فنزل اختلاف السبب منزلة اختلاف المستحق فيما لا يثبت مع الشبهة أو فيما يحتاط فيه فصار كما اذا قال لآخر هتى هذا جارية وقال لابل زوجتها منك لا يحل له وطؤها لما قلنا بخلاف ما اذا أقر لرجل بألف درهم من القرض وقال المقر له من ثمن مبيع فانه يقضى له عليه بالالف وان اختلف السبب لان الاموال تثبت بالشبهة فلا يبالى باختلاف السبب عند اتحاد الحكم ولان الاعتاق قاطع للسراية وانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص ولهما أنا تيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه وهذا لان المقتضى لمعلوم والحكم منعدم فامكن الايجاب والاستيفاء لاتحاد المستوفى والمستوفى ولا معتبر باختلاف السبب بعد ذلك كمسئلة الاقراض بخلاف الفصل الاول لان المقتضى مجهول و بخلاف مسئلة الجارية لان الحكم مختلف اذ ملك اليمين يفارق ملك النكاح في الحكم لان النكاح يثبت الحل مقصودا وملك اليمين لا يثبته مقصودا وقد ثبت الحل أصلا ولان ما ذكرنا من كل واحد منهما من السبب للحل انتفى بانكار الآخر فبقى بلا سبب فلا يثبت الحل بدونه اذ لا يجرى فيه البدل بخلاف ما نحن فيه لان السبب موجود بيقين ولا منكر له فلم يوجد ما يبطله ولا ما يحتمل الابطال فأمكن استيفاؤه والاعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك اذا كان له وارث آخر غير المولى على ما بينا أو في الطرف أو في القتل خطأ لان العبد لا يعلم مالكا للحال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للولى وعلى اعتبار حالة الموت أو زيادة الجرح في الحالة الثانية يكون العبد حر تمه حتى تقضى منه دينه وتنفذ وصاياه فصل لاشتباه فيمن له الحق فيسقط ما حدث بعد الجرح من ذلك الجرح وأما القتل عمدا فموجبه القصاص فلا اشتباه فيه اذ لم يكن له وارث سوى المولى لانه على اعتبار أن يكون الحق للعبد فالمولى هو الذى يتولاه فلا اشتباه فيمن له الحق فحقهم أجمعوا في الخطأ وفي العمد فيما اذا كان له وارث آخر أن الاعتاق يقطع السراية فلا يجب الا أرش القطع وما ينقص بذلك الى الاعتاق وتسقط الدية والقصاص وكذا في القطع اذا مات منه لا يجب عليه سوى أرش القطع وما نقصه الى الاعتاق ولا يجب عليه ما حدث من النقصان بعد الاعتاق بالاجماع فعلم بذلك أن كل موضع لا يجب فيه القصاص يجب فيه أرش القطع وما نقصه الى الاعتاق ولا تجب عليه الدية ولا ما نقص منه بعد الاعتاق قال رحمه الله (قال أحد كاحرّ شخصا فبرئ في أحدهما أو شهما فالسيد) يعنى اذا قال لعبد به أحد كاحرّ شخصا بين العتق في أحدهما بعد ذلك الشج فأرشها للمولى لان العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين فبرئ في حق الشجة ولو قتلهما رجل واحد في وقت واحد منهما تجب دية حرّ وقيمة عبد والفرق أن البيان انشاء من وجه واظهار من وجه على ما عرف و بعد الشجة بقى محلا للبيان فاعتبر انشاء في حق المحل و بعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبر اظهارا محضا فاذا قتلهما رجل واحد معا وأحدهما حرّ تجب عليه دية حرّ وقيمة عبد فيكون الكل نصفين بين المولى والورثة لعدم الاولوية وان اختلفت قيمتهما يجب نصف قيمة كل واحد منهما ودية حرّ فيقسم مثل الاول بخلاف ما اذا قتلهما على التعاقب حيث يجب عليه القيمة للاول للمولاه والدية للثاني لورثته لتعينه للعتق بعد موت الاول و بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل معا حيث تجب قيمة المملوكين لانا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حرا وكل منهما يتكرر ذلك ولان القياس بأبى ثبوت العتق في المجهول لانه لا يفيد فائدته وانما عمحناه ضرورة صحة التصرف وأثبتناه ولاية النقل من المجهول الى المعلوم فيتقدر بقدر الضرورة

(قوله وقد لا يثبت الحل أصلا) أى كما اذا ملك أخته من الرضاع اه

وهي النفس دون الاطراف والدية فيتي مملوكا فى حقهما فتجب القيمة فيهما فتكون نصفين بين المولى والورثة فيأخذ هو نصف قيمة كل واحد منهما ويترك النصف لورثته لان موجب العتق ثابت فى أحدهما فى حق المولى فلا يستحق بدله فيوزع ذلك عليهما نصفين وان قتلا هما على التعاقب فعلى القاتل الاول قيمته للولى لتعينه للرق وعلى القاتل الثانى ديته لورثته لتعينه للعتق بعد موت الاول وان كان لايدرى أيهما قتل أولا فعلى كل واحد منهما قيمته وللولى من كل واحد منهما نصف القيمة كالاول لعدم أولوية أحدهما بالتقدم والله سبحانه وتعالى أعلم قال رحمه الله (فقأ عيني عبد دفع سيده عبده وأخذ قيمته أو أمسكه ولا يأخذ النقصان) أى اذا فقأ رجل عيني عبد فالمولى بالخيار ان شاء دفع العبد المفقوء الى الفاقئ وأخذ قيمته كاملا وان شاء أمسكه ولا شئ له وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا ان شاء أمسك العبد وأخذ ما نقصه وان شاء دفع العبد وأخذ قيمته وقال الشافعي رحمه الله يضمنه كل القيمة وعمدة الجثة لانه يجعل الضمان مقابلا بالفائت فبقي الباقي حينئذ على ملكه كما اذا قطع احدى يديه وفقأ احدى عينيه ونحن نقول المالية قائمة فى الذات وهي معتبرة فى حق الاطراف لان اعتبار المالية فى الذات دون الاطراف ساقط بل المالية تعتبر فى الاطراف أيضا بل اعتبار المالية فى الاطراف أولى لانها يسلك بها مسلك الاموال فاذا كانت المالية معتبرة وقد وجد أيضا تلف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة وهذا الضمان مقدر بقيمة الكل فوجب أن تملك الجثة دفعا للضرر عنه ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا فقأ عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل النقل من ملك الى ملك وفى قطع احدى اليدين وفقأ احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة فاذا ثبت هذا جئنا الى تعليل مذهب الفريقين لهما أن العبد فى حكم الجناية على أطرافه بمنزلة المال حتى لا يجب القود فيها ولا تضمنها العاقلة وتجب قيمته بالغة ما بلغت فكان معتبرا بالمال فاذا كان معتبرا به وجب تخيير المولى على الوجه الذى قلنا كما فى سائر الاموال فان خرق ثوب انفير خرقا فاحشا وجب تخيير المالك ان شاء دفع الثوب وضمنه قيمته وان شاء أمسكه وضمنه النقصان وله أن المالية وان كانت معتبرة فى الذات فالآدمية أيضا غير مهدرة فيه وفى الاطراف ألا ترى أن عبد الوقطع يد عبد آخر يؤمر مولاه بالدفع أو الفداء وهذا من أحكام الآدمية لان موجب الجناية على المال أن تباع رقبته فيها فهمن أحكام الآدمية أن لا ينقسم الضمان على الجزء الفائت والقائم بل يكون بازاء الفائت لا غير ولا يتملك الجثة ومن أحكام المالية أن ينقسم على الجزء الفائت والقائم ويتملك الجثة فوقرنا على الشبهين حظهما فقلنا بأنه لا ينقسم اعتبارا للآدمية ويتملك الجثة اعتبارا للمالية وهذا أولى مما قالاه لان فيما قالاه اعتبار جانب المالية فقط وهو أدنى وأهدار جانب الآدمية وهو أعلى ومما قاله الشافعي رحمه الله أيضا لان فيه اعتبار الآدمية فقط والشئ اذا أشبه شيئين يوقر حظهما عليه قال رحمه الله (جنى مدبر أو أم ولد خطأ من السيد الاقل من القيمة ومن الارش) لما روى عن أبي عبيدة بن الجراح رضى الله عنه أنه قضى بجناية المدبر على المولى بحضرة من الصحابة رضى الله عنهم من غير نكير وكان يومئذ أميرا بالشام فكان اجماعا ولان المولى صار مانعا بالتدبير تسليمه فى الجناية وكذا بالاستيلاد من غير أن يصير مختارا للفداء لعدم علمه بما يحدث فصار كما اذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم وانما يجب الاقل من القيمة ومن الارش لانه لا حق لولى الجناية فى أكثر من الارش ولا منع من المولى فى أكثر من العين وقيمتها تقوم مقامها ولا يخير بين الاكثر والاقل لانه لا يفيده فى جنس واحد لاختياره الاقل بخلاف ما اذا كان الجانى قنا حيث يخير المولى بين الدفع والفداء ولا يجب الاقل لان فيه فائدة لاختلاف الجنس لان من الناس من يختار دفع العين ومنهم من يختار دفع النقد على ما هو الايسر عنده أو يبقى ما يختاره على ملكه ويخرج الآخر عن ملكه ثم الاصل فيه أن جنايات المدبر لا توجب الا قيمة واحدة وان كثرت لانه لا منع منه الا رقبة

واحدة ولان دفع القيمة فيه كدفع العين فى الفن ودفع العين لا تتكرر فكذا ما قام مقامها ويتضاربون بالمحصص فى القيمة وتضرب قيمته فى حق كل واحد منهم فى حالة الجناية عليه لانه يستحقه فى ذلك الوقت حتى اذا قتل رجلا وقيمته ألف ثم قتل آخر وقيمته ألفان ثم قتل آخر وقيمته خمسمائة يجب على المولى ألفا درهم لانه جنى على الاوسط وقيمته ألفان فيكون لولى الاوسط ألف منها لا يشاركه فيه أحد لان ولى الاول لا حق له فيما زاد على الالف وانما حقه فى قيمته يوم جنى عليه وهو ألف درهم وكذا الثالث لا حق له فيما زاد على خمسمائة لما ذكرنا ثم يعطى خمسمائة فيقسم بين الاول والاوسط بضرب الاول بجميع حقه وهو عشرة آلاف درهم وبضرب الاوسط بما بقى من حقه وهو تسعة آلاف لوصول الالف اليه فبقى من قيمته خمسمائة تقسم بين الثلاثة لاستوائهم فيها فيضرب الثالث بعشرة آلاف ويضرب الاول بعشرة الا ما أخذ فى ذلك المرة ويضرب الاوسط بعشرة آلاف الا ما أخذ فى المرتين فالرجوع الله (فان دفع القيمة بقضاء فبقى أخرى يشارك الثانى الاول) أى اذا دفع المولى القيمة الى ولى الجناية الاولى بقضاء القاضى ثم جنى جناية أخرى بعد ذلك فلا شئ على المولى لان جنايته كلها لا توجب الا قيمة واحدة ولا تعدى من المولى بدفعها الى ولى الجناية الاولى لانه مجبور عليه بالقضاء فيتبع ولى الجناية الثانية ولى الاول فيشاركه فيها ويقتسمانها على قدر حقهما على ما ذكرنا قال رحمه الله (ولو بغير قضاء اتبع السيد أو ولى الجناية) أى لو دفع المولى القيمة الى ولى الجناية الاولى كان ولى الجناية الثانية بالخيار ان شاء اتبع المولى بحصته من القيمة وان شاء اتبع ولى الجناية الاولى وهذا عند أبى حنيفة رضى الله عنه وقالا لا شئ على المولى لانه فعل عين ما يفعله القاضى ولا تعدى منه بتسليمه الى الاول لانه حين دفع دفع الحق الى مستحقه ولم تكن الجناية الثانية موجودة ولا علم له بها حدثت حتى يجعل متعديا ولابى حنيفة رضى الله عنه أن جنايات المدبر توجب قيمة واحدة فهم شركاء فيها والجناية المتأخرة كالمقارنة تحكما ولهذا يشتركون فيما كلهم نما اذا دفعها الى الاول باختياره صار منه تمليكا حتى الثانى لان حصته وجبت عليه وليس له ولاية عليه حتى ينفذ هذا الدفع فى حقه بخلاف القاضى لان له ولاية عليه فينفذ فاذا لم ينفذ دفع المولى فى حق الثانى فالثانى بالخيار ان شاء اتبع الاول لانه قبض حقه فلك فصار به ضامنا فأخذه منه وان شاء اتبع المولى لانه دفع حقه بغير اذنه فاذا أخذه منه رجع المولى على الاول بما ضمن للثانى وهو حصته لانه قبضه بغير حق فيسترد منه وهذا لان المولى لا يجب عليه الا قيمة واحدة ولم يكن له حق الرجوع لكان الواجب عليه أكثر من القيمة ولان الثانية مقارنة من وجه حتى يشارك ومتأخرة من وجه فى حق اعتبار القيمة فتعتبر مقارنة فى حق التضمين أيضا كى لا يبطل حق ولى الثانية واذا أعتق المدبر وقد جنى جنايات لم يلزمه الا قيمة واحدة لما ذكرنا وسواء أعتقه بعد العلم بالجناية أو قبله لان حق المولى لم يتعلق بالعبد فلم يكن مفوتا بالاعتاق وأم الولد كالمدبر فى جميع ما ذكرنا من الاحكام لاستواء الدفع كالمدبر واذا أقر المدبر أو أم الولد بجناية توجب المال لم يجز اقراره ولا يلزمه شئ لانه موجب جنايته على المولى لا على نفسه واقراره على المولى غير نافذ بخلاف ما اذا كانت الجناية موجبة للقود بأن أقر بالقتل عمدا حيث يصح اقراره فيقتل به لانه اقرار على نفسه فينفذ عليه لعدم التهمة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿باب غصب العبد والمدبر والصبى والجناية فى ذلك﴾

قال رحمه الله (قطع يد عبد مغصوب رجل ومات منه ضمن قيمته أقطع وان قطع يده فى يد الغاصب فمات صه برئ) لان الغصب يوجب ضمان ما غصب ويبرأ الغاصب عن الضمان باسترداد المغصوب وفى المسئلة الاولى لما قطعه المولى فى يده نقصت قيمته بالقطع فيجب على الغاصب قيمته أقطع وفى الثانية حين قطع المولى العبد فى يد الغاصب صار مستردا له لاستيلائه عليه وبرئ الغاصب من ضمانه لوصول

﴿باب غصب العبد والمدبر والصبى والجناية فى ذلك﴾

ترجمه فى الهداية بباب غصب العبد والمدبر والجناية فى ذلك ولابد لكرلى الترجمة الصبى وقوله فى ذلك قال الاتقانى أى فى العبد والمدبر لما ذكر جناية العبد والمدبر ذكر فى هذا الباب جنايتهما معهما لان المفرد قبل المركب ثم بر كلامه الى بيان غصب الصبى اه

(قوله لأن سبب الملك) أقول لان الغصب من أسباب الملك عندنا لان المضمونات تملك عند أداء الضمان مستندا الى أول الغصب فلما كان سبب الملك كان تخلل الغصب بين الجناية والسراية قاطعا للسراية كما لو تخلل البيع واذا بطل حكم السراية صار كأنه غصب عبدا أقطع اليدومات عنده وأوردا البيت سؤالا وجوابا فقال فان قيل اذا مات من جراحة المولى فلا يجعل كأنه قتله فلا يجب شئ عليه قيل له الغصب صار قاطعا بين القطع والهلاك فلا يستند الهلاك الى القطع فصار فى حق الغاصب كأن العبد مات بآفة سماوية اه (قوله فصيركأنه مات بآفة سماوية) (١٦٦) ألا ترى أن رجلا لو قطع يد عبد ثم باعه فمات فى يد المشترى مات من مال المشترى لان قبض المشترى صار فاصلا بين القطع والهلاك فكذا هذا اه غاية (قوله فى المتن غصب مجموره مثلها فمات فى يده ضمن) وهذا اذا كان الغصب ظاهرا فى الضمنين فى الحال بياعه فلان أفعال العبد معتبرة ولو كان الغصب ظهر باقراره لا يجب الا بالعتق كذا قال الفقيه أبو الليث وذلك لان الرق يوجب الحرف الاقوال دون الافعال وان أقر العبد المحجور بحد أو قصاص لزمه فى الحال لانه مبنى فى ذلك على أصل الحرية وقدصر ذلك فى كتاب الحجر اه غاية (قوله فى المتن مدبر رجعى عند غاصبه الخ) قال الاتقانى صورتها فى الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة رضى الله عنه فى مدبر لرجل غصبه رجل فجنى عنده جناية ثم ردته الى المولى جنى عنده جناية أخرى قال على المولى قيمته نصفان بين ولبى الجنايتين ثم يرجع مولى الجناية الاولى على الغاصب عوض ما أخذ منه فيدفعه الى ولى الجناية الاولى ثم يرجع به على الغاصب عند محمد لانه استحق ملكه فى يده قال صاحب الهداية فى الفرق بين المسئلتين ان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك بآفة سماوية فغصب قيمته أقطع ولو وجد القاطع فى الفصل الثانى فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا قيمة مستردة وهذا مشكل لان السراية انما تنقطع باعتبار تقبل الملك لاختلاف المستحقين والغصب ليس بسبب لملك المولى ومعاوم الغاصب لا يملكه الا باداء الضمان ضرورة كى لا يجتمع البدلان فى ملك واحد وذلك بعد ملك المولى البدل ولم يوجد فحقيقة أن معنى قولهم يقطع السراية أن ما حصل من التلف بالسراية يكون هدرا الآن بسبب ذلك الى غير الجانى قال رحمه الله (غصب مجموره مثلها فمات فى يده ضمن) أى اذا غصب العبد المجمور عليه عبدا مجمورا عليه فمات المغصوب فى يد الغاصب ضمن الغاصب لان المجمور عليه مؤاخذ بأفعاله وهذا من أفعاله فيضمن قال رحمه الله (مدبر رجعى عند غاصبه ثم عند سيده ضمن قيمته لهما) أى اذا غصب رجل مدبرا لجانى عنده جناية ثم رده على مولاه فجنى عنده جناية أخرى ضمن المولى قيمته لولى الجنايتين فيكون بينهما نصفين لان موجب جناية المدبر وان كثرت قيمة واحدة فيجب ذلك على المولى لانه هو الذى أعجز نفسه عن الدفع بالتدبير السابق من غير أن يصير مختار الفداء كما فى القن اذا أعتقه بعد الجنايات من غير أن يعلموا بها انما كانت القيمة بينهما نصفين لاستوائهما فى السبب قال رحمه الله (ورجع نصف قيمته على الغاصب) أى رجع المولى نصف ما ضمن من قيمة المدبر على الغاصب لانه ضمن القيمة بالجنايتين نصفها بسبب كان عند الغاصب والنصف الآخر بسبب وجد عنده فيرجع عليه بسبب لحقه من جهة الغاصب فصار كأنه غير نصف العبد لان رد المغصوب بسبب وجد عند الغاصب كلا رد قال رحمه الله (ودفعه الى الاول) أى دفع المولى نصف القيمة التى أخذها من الغاصب الى ولى الجناية الاولى وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله قد لا يدفعها اليه لان الذى يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولى الجناية الاولى لانه انما رجع على الغاصب بسبب ذلك فلا يدفع اليه كما لو بؤئ الى اجتماع البدل والمبدل فى ملك رجل واحد وكما لا نكرار والاستحقاق ولهما أن حق الاول فى جميع القيمة لانه حين جنى عليه لم يزاحمه أحد فيستحق كله وانما انتقص باعتبار مزاحمة الثانى فاذا وجد سبب أمن بدل العبد فى يد المالك فانما عين الحق أخذه ليتم حقه وقوله عوض ما سلم لولى الجناية الاولى قلنا هو كذلك لكن ذلك فى حق المولى والغاصب لان ما أخذه المولى من الغاصب عوض المدفوع الى ولى الجناية الاولى وأما فى حق المجنى عليه فهو عوض مال بإزاله ومثله جائز كالذمى اذا باع خمرا وقضى بثمنها دين مسلم يجوز له أخذه لان ذلك الدراهم ثمن الخمر فى حق الذمى وبدل الدين فى حق المسلم قال رحمه الله (ثم رجع به على الغاصب) أى رجع المولى بذلك الذى دفعه الى ولى الجناية الاولى انما باعتبار أن الغاصب عند هما لا يستحق

(١) قوله فتقول بعد ذلك الخ هكذا فى أصل الحاشية ولعل فى العبارة نقصا فتحرر اه مصححه

(قوله لأن سبب الملك) أقول لان الغصب من أسباب الملك عندنا لان المضمونات تملك عند أداء الضمان مستندا الى أول الغصب فلما كان سبب الملك كان تخلل الغصب بين الجناية والسراية قاطعا للسراية كما لو تخلل البيع واذا بطل حكم السراية صار كأنه غصب عبدا أقطع اليدومات عنده وأوردا البيت سؤالا وجوابا فقال فان قيل اذا مات من جراحة المولى فلا يجعل كأنه قتله فلا يجب شئ عليه قيل له الغصب صار قاطعا بين القطع والهلاك فلا يستند الهلاك الى القطع فصار فى حق الغاصب كأن العبد مات بآفة سماوية اه (قوله فصيركأنه مات بآفة سماوية) (١٦٦) ألا ترى أن رجلا لو قطع يد عبد ثم باعه فمات فى يد المشترى مات من مال المشترى لان قبض المشترى صار فاصلا بين القطع والهلاك فكذا هذا اه غاية (قوله فى المتن غصب مجموره مثلها فمات فى يده ضمن) وهذا اذا كان الغصب ظاهرا فى الضمنين فى الحال بياعه فلان أفعال العبد معتبرة ولو كان الغصب ظهر باقراره لا يجب الا بالعتق كذا قال الفقيه أبو الليث وذلك لان الرق يوجب الحرف الاقوال دون الافعال وان أقر العبد المحجور بحد أو قصاص لزمه فى الحال لانه مبنى فى ذلك على أصل الحرية وقدصر ذلك فى كتاب الحجر اه غاية (قوله فى المتن مدبر رجعى عند غاصبه الخ) قال الاتقانى صورتها فى الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة رضى الله عنه فى مدبر لرجل غصبه رجل فجنى عنده جناية ثم ردته الى المولى جنى عنده جناية أخرى قال على المولى قيمته نصفان بين ولبى الجنايتين ثم يرجع مولى الجناية الاولى على الغاصب عوض ما أخذ منه فيدفعه الى ولى الجناية الاولى ثم يرجع به على الغاصب عند محمد لانه استحق ملكه فى يده قال صاحب الهداية فى الفرق بين المسئلتين ان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك بآفة سماوية فغصب قيمته أقطع ولو وجد القاطع فى الفصل الثانى فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا قيمة مستردة وهذا مشكل لان السراية انما تنقطع باعتبار تقبل الملك لاختلاف المستحقين والغصب ليس بسبب لملك المولى ومعاوم الغاصب لا يملكه الا باداء الضمان ضرورة كى لا يجتمع البدلان فى ملك واحد وذلك بعد ملك المولى البدل ولم يوجد فحقيقة أن معنى قولهم يقطع السراية أن ما حصل من التلف بالسراية يكون هدرا الآن بسبب ذلك الى غير الجانى قال رحمه الله (غصب مجموره مثلها فمات فى يده ضمن) أى اذا غصب العبد المجمور عليه عبدا مجمورا عليه فمات المغصوب فى يد الغاصب ضمن الغاصب لان المجمور عليه مؤاخذ بأفعاله وهذا من أفعاله فيضمن قال رحمه الله (مدبر رجعى عند غاصبه ثم عند سيده ضمن قيمته لهما) أى اذا غصب رجل مدبرا لجانى عنده جناية ثم رده على مولاه فجنى عنده جناية أخرى ضمن المولى قيمته لولى الجنايتين فيكون بينهما نصفين لان موجب جناية المدبر وان كثرت قيمة واحدة فيجب ذلك على المولى لانه هو الذى أعجز نفسه عن الدفع بالتدبير السابق من غير أن يصير مختار الفداء كما فى القن اذا أعتقه بعد الجنايات من غير أن يعلموا بها انما كانت القيمة بينهما نصفين لاستوائهما فى السبب قال رحمه الله (ورجع نصف قيمته على الغاصب) أى رجع المولى نصف ما ضمن من قيمة المدبر على الغاصب لانه ضمن القيمة بالجنايتين نصفها بسبب كان عند الغاصب والنصف الآخر بسبب وجد عنده فيرجع عليه بسبب لحقه من جهة الغاصب فصار كأنه غير نصف العبد لان رد المغصوب بسبب وجد عند الغاصب كلا رد قال رحمه الله (ودفعه الى الاول) أى دفع المولى نصف القيمة التى أخذها من الغاصب الى ولى الجناية الاولى وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله قد لا يدفعها اليه لان الذى يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولى الجناية الاولى لانه انما رجع على الغاصب بسبب ذلك فلا يدفع اليه كما لو بؤئ الى اجتماع البدل والمبدل فى ملك رجل واحد وكما لا نكرار والاستحقاق ولهما أن حق الاول فى جميع القيمة لانه حين جنى عليه لم يزاحمه أحد فيستحق كله وانما انتقص باعتبار مزاحمة الثانى فاذا وجد سبب أمن بدل العبد فى يد المالك فانما عين الحق أخذه ليتم حقه وقوله عوض ما سلم لولى الجناية الاولى قلنا هو كذلك لكن ذلك فى حق المولى والغاصب لان ما أخذه المولى من الغاصب عوض المدفوع الى ولى الجناية الاولى وأما فى حق المجنى عليه فهو عوض مال بإزاله ومثله جائز كالذمى اذا باع خمرا وقضى بثمنها دين مسلم يجوز له أخذه لان ذلك الدراهم ثمن الخمر فى حق الذمى وبدل الدين فى حق المسلم قال رحمه الله (ثم رجع به على الغاصب) أى رجع المولى بذلك الذى دفعه الى ولى الجناية الاولى انما باعتبار أن الغاصب عند هما لا يستحق

(١) قوله فتقول بعد ذلك الخ هكذا فى أصل الحاشية ولعل فى العبارة نقصا فتحرر اه مصححه

من يده بسبب كان في يد الغاصب فرجع عليه بذلك فصار كأنه لم يرد ولم يضمن له شيأ اذا لم يسق شئ من العبد أو من بدله في يده قال رحمه الله وبعكسه لا يرجع به ثانيا) أي بعكس ما ذكر لا يرجع المولى على الغاصب بالقيمة ثانيا وصورته أن المدبر جنى عند مولاه أولا فقصيه رجل فجئ عنده جنايته أخرى ثم رده على المولى ضمن قيمته ولي الجنايتين فيكون بينهما نصفين ثم يرجع المولى على الغاصب بنصف القيمة لانه استحق عليه بسبب كان في يد الغاصب فيدفعه الى ولي الجناية الاولى بالاجماع أما عندهما فظاهر لما بينا وأما عند محمد رحمه الله فانما امتنع الدفع الى ولي الجناية الاولى في المسئلة الاولى كي لا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد على ما مر وهنا لا يلزم ذلك لان ما أخذ من الغاصب عوض ما دفع الى ولي الجناية الثانية فاذا دفعه الى ولي الاولى لا يجتمع البدلان في ملك واحد ولي الاولى بخلاف ما أخذه عوضا عن نفسه ثم اذا دفعه الى ولي الاولى لا يرجع به على الغاصب بالاجماع وهو المراد بقوله وبعكسه لا يرجع به ثانيا أما عند محمد فظاهر لانه لم يرجع في المسئلة الاولى عند ثانيا لان المولى لما لم يدفع ما أخذه من الغاصب الى ولي الاولى سلمه ما أخذه من الغاصب فلم يتصور الرجوع عليه وهنا لم يسلم له بالاجماع ومع هذا لا يرجع على الغاصب بالاجماع بما دفع ثانيا لان الذي دفعه المولى الى ولي الجناية الاولى ثانيا هنا بسبب جناية وجدت عنده فلا يرجع به على أحد بخلاف المسئلة الاولى عندهما لان دفع المولى ثانيا الى ولي الجناية الاولى فيما بسبب جناية وجدت عند الغاصب فيرجع عليه بما لذا ذكرنا قال رحمه الله (والقن كالمدبر غير أن المولى يدفع العبد هاهنا وقيمة القيمة) أي العبد القن فيما ذكرنا كالمدبر ولا فرق بينهما الا أن المولى يدفع القن وفي المدبر القيمة حتى اذا غصب رجل عبدا قنا فجئ في يده ثم رده على المولى فجئ عنده جناية أخرى فان المولى يدفعه الى ولي الجنايتين ثم يرجع على الغاصب بنصف قيمته فيدفعه الى الاول ثم يرجع به على الغاصب عندهما وعند محمد رحمه الله لا يدفع ما أخذه من الغاصب الى ولي الاولى بل يسلمه فلا يتصور الرجوع على الغاصب ثانيا بما عنده على ما ذكرنا في المدبر وان جئ عند المولى أولا ثم غصبه فجئ في يده ثم رده الى المولى دفعه الى ولي الجنايتين نصفين ثم يرجع بنصف قيمته على الغاصب فيدفعه الى ولي الاولى ولا يرجع به ثانيا على الغاصب لما ذكرنا قال رحمه الله (مدبر جنى عند غاصبه فرده فقصيه فجئ عنده على سيده فجنايته لهما) معناه اذا غصب رجل مدبرا فجئ عنده جناية فرده على المولى ثم غصبه ثانيا فجئ عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته بين ولي الجنايتين نصفين لانه منعه بالتدبير فوجب عليه قيمته على ما بيناه قال رحمه الله (ورجع بقيمته على الغاصب) لان الجنايتين كانتا في يد الغاصب فاستحق كله بسبب كان في يده فيرجع عليه بالكل بخلاف المسائل المتقدمة فانه هناك استحق النصف بسبب كان عنده والنصف بسبب كان في يد المالك فيرجع بالنصف فلذلك قال رحمه الله (ودفع نصفها الى الاول) أي دفع المولى نصف القيمة المأخوذ من الغاصب ثانيا الى ولي الجناية الاولى لانه استحق كل القيمة لعدم المزاحم عند وجود جنايته وانما استقص حقه بحكم المزاحمة من بعد قال رحمه الله (ورجع بذلك النصف على الغاصب) أي رجع المولى بالنصف الذي دفعه ثانيا الى ولي الجناية الاولى على الغاصب لان استحقاق هذا النصف ثانيا بسبب كان في يد الغاصب فيرجع به عليه وسلمه ذلك ولا يدفعه الى ولي الجناية الاولى لانه استوفى حقه ولا الى ولي الثانية لانه لا حق له الا في النصف لسبق حق الاول عليه وقد وصل ذلك اليه وهذا لان الثاني لم يستحق الا النصف لوجود المزاحم وقت وجود جنايته والمزاحمة موجودة فيسق على ما كان بخلاف ولي الاولى لانه استحق الكل وقت الجناية عليه وانما رجع حقه الى النصف للزاحمة فاذا وجد شيأ من بدل العبد أخذ حتى يستوفي حقه ثم قيل هذه المسئلة على الخلاف كالاولى وقيل على الاتفاق والفرق لمحمد رحمه الله أن الذي يرجع به ولي الجناية الاولى عوض ما سلمه في المسئلة الاولى لان الثانية كانت في يد المالك فلو دفع اليه ثانيا يتكرر الاستحقاق أما في هذه المسئلة فيمكن أن يجعل عوضا عن الجناية الثانية لانها كانت في يد الغاصب فلا يؤدي الى ما ذكرنا قال رحمه الله (غصب صبيا حرا فمات في يده فجأة أو بحمى

(قوله ثانيا) متعلق بدفع لا بالمأخوذ اه (قوله كالاولى) يعني قال بعض المشايخ يتعقق في هذه المسئلة خلاف محمد أيضا كما في المسئلة الاولى حتى يسلم للمولى ما رجع به من القيمة على الغاصب ولا يأخذ ولي الجناية الاولى باقي حقه اه غاية (قوله وقيل على الاتفاق) وهذا هو الصحيح لان محمدا ذكر هذه المسئلة في الجامع الصغير بلا خلاف وهكذا ذكر هذه المسئلة بلا خلاف في شروح الاسلام وغيره في شروح الجامع الصغير اه غاية (قوله والفرق لمحمد رحمه الله أن الذي يرجع به) أي لمولى بالرجوع اه (قوله فيمكن أن يجعل عوضا عن الجناية الثانية) أي عما أخذه ولي الجناية الثانية هذا الذي يظهر اه من خط قارئ الهداية (قوله في المتن غصب صبيا الخ) قال الاتقاني وأراد بغصب الصبي أخذه بسبيل التعدي لان حقيقة الغصب وهو أخذ مال الغير بسبيل التعدي لا يكون الا في المال لا في غيره اه

(قوله لان الغصب فى الحر لا يتحقق) فلا يضمن قيل ما على ملومات فاذا مات يضمن اه غاية (قوله وهو متعذر فيه بتفويت يد الحافظ) أى لانه أخذه بلا اذن الولى اه غاية (قوله حتى لو نقله الى مكان يغلب فيه الحمى والامراض) قالوا ينبغى أن يضمن اه غاية (قوله وعلى هذا الوادع العبد الخ) قال الاسبيجابى فى شرح الطحاوى فى كتاب الوديعة ومن أودع عند صبى مالا فهلك عنده لا ضمان عليه بالاجماع ولو استهلكه الصبى فانه يتظر ان كان الصبى مأذونا فى التجارة ضمن عندهم جميعا وان كان محجورا عليه ولكنه قبل الوديعة باذن وليه ضمن بالاجماع وان كان قبل بغير اذن وليه لا ضمان عليه عند أبى حنيفة ومحمد لا لحال ولا بعد الادراك وعند أبى يوسف يضمن فى الحال وأجمعوا أنه لو استهلك مال الغير (١٦٨) من غير أن يكون وديعة عنده ضمن لحال ولو كانت الوديعة عبدا فقتله الصبى كانت

يضمن وان مات بصاعقة أو نهشته حية فديته على عاقلة الغاصب) وهذا استحسان والقياس أن لا يضمن فى الوجهين وهو قول زفر والشافعى رحمهما الله لان الغصب فى الحر لا يتحقق ألا ترى أنه لا يتحقق فى المكاتب وان كان صغيرا لكونه حر لاجماع ترقيق رقبة فالحر يداوى رقبة أولى أن لا يضمن به وجه الاستحسان أن هذا ضمان اتلاف لا ضمان غصب والصبى يضمن بالاتلاف وهذا لان نقله الى أرض مسبعة أو الى مكان الصواعق اتلاف منه تسببا وهو متعذر فيه بتفويت يد الحافظ وهو الولى فيضمن وهذا لان الحيات والسباع والصواعق لا تكون فى كل مكان فلا يمكن حفظه عنه فاذا نقله اليه وهو متعد فيه فقد أزال حفظ الولى عنه فصار متعديا فيضاف اليه لان شرط العلة بمنزلة العلة اذا كان تعديا كالحفر فى الطريق بخلاف الموت فانه لو يضمن لان ذلك لا يختلف باختلاف الاماكن حتى لو نقله الى مكان يغلب فيه الحمى والامراض نقول انه يضمن ويجب الدية على العاقلة لكونه قتلا تسببا بخلاف المكاتب لانه فى يد نفسه وان كان صغيرا فهو ملحق بالكبير ألا ترى أنه لا يزوج الا برضاه كالحر البالغ والحر الصغير يزوجه وليه بدون رضاه وهو ما جاز عن حفظ نفسه فاذا أخرجه من يد الولى فات ما يمكن الضرر فيه يضمن والمكاتب لا يعجز عن حفظ نفسه فلا يضمن بالنصب كالحر الكبير حتى لو لم يكتسب من حفظ نفسه عما صنع بهم من قيد ونحوه يضمن المكاتب والحر الكبير أيضا كما يضمن الصغير لانه حينئذ يكون التلف مضافا الى الغاصب بتقصيره بحفظه قال رحمه الله (كصبى أودع عبد افقتله) أى يضمن عاقلة الغاصب كما يضمن عاقلة الصبى اذا قتل عبدا أودع عنده وان أودع طعاما فأكله لم يضمن وهذا الفرق بين العبد المودع والطعام المودع قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف والشافعى يضمن الصبى المودع فى الوجهين وعلى هذا الوادع العبد المحجور عليه ما لو استهلكه لا يؤاخذ بالضمان فى الحال عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ولا يؤاخذ به بعد العتق وعند أبى يوسف والشافعى رحمهما الله يؤاخذ به فى الحال وعلى هذا الخلاف الاقراض فى العبد والصبى وكذا الاعارة فيهما ثم محمد رحمه الله فى الجامع الصغير شرط أن يكون الصبى عاقلا وفى الجامع الكبير وضع المسئلة فى صبى عمره اثنا عشر سنة وذلك دليل على أن غير العاقل يضمن بالاتفاق لان التسليط غير معتبر فيه وفعله معتبر لابى يوسف والشافعى رحمهما الله أنه أتلف ما لا متقوما معصوما حتالك فيجب عليه ضمانه كما اذا كانت الوديعة عبدا أو كان الصبى مأذونا له فى التجارة أو فى الحفظ من جهة الولى وكما اذا أتلفه غير فى يده ولو لم يكن معصوما لما ضمنه لان المال الذى سلط الغير فيه على استهلاكه بمنزلة المباح حتى لا يضمنه من أسلم له لكن لثبوت ولاية الاستهلاك فيه لكل أحد ولهما أنه أتلف ما لا غير معصوم فلا يؤاخذ بضمانه كما اذا أتلفه باذنه ورضاه وهذا لان العصمة ثبتت حقا له وقد فوتها على نفسه حيث وضعه فى يد غير مأمونة فلم تبق معصومة الا اذا

أقام قد أودع صبيا قد عقل طعاما فأكله قال لا ضمان عليه وان أودع غلاما فقتله قال هو ضامن لقيمته على العاقلة الى هنا لفظ أصل الجامع اه قال فخر الاسلام البزدوى فى شرح الجامع الصغير ودلت المسئلة على أن الاختلاف فى الصبى الذى يعقل فأما الذى لا يعقل فيجب أن يضمن بالاجماع لان تسليطه هدر وفعله معتبر اه اتقانى (قوله وفى الجامع الكبير الخ) والغالب ممن بلغ هذا السن أن يكون عاقلا اه (قوله وذلك دليل الخ) تبع فيه صاحب الهداية وقال الاتقانى رحمه الله وهذا الذى قاله صاحب الهداية هو مذهب فخر الاسلام وقال بعض مشايخنا ان الصبى اذا لم يكن عاقلا لا يضمن فى قولهم والبه ذهب قاضيخان فى شرح الجامع الصغير اه

(قوله بخلاف ما اذا كانت الوديعة الخ) بخلاف ما اذا أتلفه غير الصبي في الصبي لانه سقط العصمة بالاتلاف الى الصبي دون غيره اه غاية وقوله دون غيره كن عليه القصاص لسقط عصمة دمه في حق من وجب له القصاص بسبب حق نفي معصوم الدم في حق غيره اه غاية

﴿باب القسامة﴾

لما كان أمر القتل يؤل الى القسامة اذ لا يعرف قاتله شرع في بيانه لانه يحتاج اليها على ذلك التقدير ثم القسامة عبارة عن الايمان التي تعرض على خمسين رجلا من أهل المحلة أو الدار اذا وجد به قتيل ولا يعرف قاتله فان بلغ الرجال خمسين رجلا تكرر اليمين الى أن تتم خمسين عينا وسببها وجود قتيل لا يدرى قاتله في محلة أو دار أو في موضع يقرب الى القرية بحيث يسمع الصوت منه وشرطها أن يكون الذي يقسم رجلا عاقلا بالغا حرا حتى لا تجب القسامة على المرأة والمجنون والصبي والعبد ومن شرطها أن لا يكون بالميت أثر القتل نحو الضرب والقتل والجراحة فاذا لم يكن الا أثر موجور أو هو موجب لاقتيل فلا قسامة فيه ولادية (١٦٩) ومن شرطها أن يكذب كل خمسين

أقام غير مقام نفسه في الحفظ ولذا قامت هنا لانه لا ولاية له على الصبي حتى يلزمه ولا الصبي على نفسه حتى يلتزم بخلاف المأذون له لان له ولاية على نفسه كالبالغ وبخلاف ما اذا كانت الوديعة عبدا لان عصمته حق نفسه اذ هو مبني على أصل الحرية في حق الدم فكانت عصمته حق نفسه لا لمالك لان عصمة الملك انما تعتبر فيما له ولاية الاستهلاك حتى يكن غيره من الاستهلاك الا باعتبار ملبس للمولى ولاية استهلاك عبده فلا يقدر أن يمكن غيره من ذلك فلا يعتبر تبطيه فيه منه لصبي باستهلاكه بخلاف مر الاموال والله أعلم بالصواب

﴿باب القسامة﴾

قال رحمه الله (قتيل وجد في محلة بقرية قالوا قتله حلف خمسون رجلا منهم يختارهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا) هذا على سبيل الحكاية عن الجمع وأما عند الحلف يحلف كل واحد منهم بالله ما قتلت ولا علمت له قاتلا لان ركن الشيء ما يقوم به ذلك الشيء ولا قيام للقسامة الا بهما وحكمها وجوب الدية في ثلاث سنين عندنا وشرعيتها ثبتت بالاحاديث المعضدة وبالاجماع اه غاية (قوله في المتن قتيل وجد في محلة الخ) قال أبو الحسن الكرخي في مختصره قال ابن سماعة وبشر بن الوليد وعلي بن الجعد معنا أبا يوسف قال في القتيل يوجد في المحلة أو في دار رجل في المصر فان لم يكن ثمة جراحة قال في ذلك اذا كانت به جراحة أو ارضرب أو ارتخنق فان هذا قتيل وفيه القسامة على عاقلة رب الدار اذا وجد في الدار أو على عاقلة المحلة اذا وجد في المحلة يقسم كل رجل منهم

بالله ما قتلت ولا علمت له قاتلا ولم يغرموا الدية في ثلاث سنين على أهل الدور ان في كل سنة الثلث والذين يحلفون خمسون رجلا يختارهم من العاقلة ولي الدم فان نقصوا عن الخمسين كررت عليهم الأيمان حتى تكمل خمسين عينا وليس بخلف في صبي أو بمعتوه ولا امرأة ولا عبد منهم قال الكرخي فيه وان كان ميتا لبس فيه أثر ولا جراحة فليس في هذا قسامة ولا دية هذا مما ليس من أصل هذا الباب ولا نعلم فيه قولا مختلفا بين أصحابنا ولا بين أحد ممن استقبلنا من أهل العلم الا أحمد حتى يستحلفوهم فان كان أهل الصلح لا يحلفون خمسين وأرادوا أن يردوا عليهم الأيمان لبس لهم ذلك ولهم أن يختاروا من الباقين تمام خمسين رجلا الى هنا لفظ الكرخي اه اتقاني قوله ولو ان اليمين تجب على من يشهد الظاهر) لان المدعي عليه في سائر الحقوق وهو منكر الظاهر يشهد للمدعي لانه اذا كان هناك ثوب يشهد على بلل الماء مع أن الظاهر أنه صادق في قوله فيجب أن يثبت اليمين في حقه ولكن هذه دلالة فيها شبهة فلا يجب القصاص بالشبهة في الجديد وتجب الدية اه اتقاني

(قوله اذ قال) أى عمر بن الخطاب اه اتقانى (قوله وادعة) حى من همدان اه (قوله وبى آخر) والقتيل الى وادعة أقرب اه غاية (قوله ثم قال العمر رضى الله عنه لما قضى عليهم بالدية لا أيمانكم تدفع عن أموالنا ولا أموالنا تدفع عن أيمانكم فقال عمر أما أيمانكم فلعفن دمائكم وأما أموالكم فلوجود القتيل بين ظهركم اه اتقانى (قوله عمدا أو خطأ) أى وجوب القسامة والدية فيما اذا كانت

يبقى ما كان الظاهر شاهدا للمولى بيد أيمنه ورد يمين على المدعى أصل له كما فى النكول الا أن هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يحتمل معها والمال يجب معها فتجب الدية ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لو أعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن البينة على المدعى واليمين على من أنكر فسوى فى ذلك بين الدماء والاموال وحكم فيهما بحكم واحد وروى ابن المسيب أن النبى صلى الله عليه وسلم برأ اليهود فى القسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين أظهرهم ولان اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق والبداءة بيمين تستحق بيمينه المال المبتذل فكيف يستحق بها النفس المحترمة ومارو ناه ضعفه جماعة من أهل الحديث فلا يلزم حجة ولئن ثبت اغا قال ذلك على سبيل الاستفهام انكارا عليهم لما أبوا رضوا بأيمانهم فكأنه قال لهم ان اليهود ان كانوا كفارا ليس عليهم فيما تدعون عليهم غير أيمانهم وكالا تقبل منكم وان كنتم مسلمين أيمانكم فتستحقون بها كذلك لا يجب على اليهود بدعواكم عليهم غير أيمانهم والدليل على صحة هذا التأويل حكم عمر رضى الله عنه بعد النبى صلى الله عليه وسلم بحضرة الصحابة رضى الله عنهم من غير انكار أحد منهم فصار اجماعا ومحال أن يكون علم ذلك عندهم ولا يغيرونه بعد اذ قد وقعت فى قتيب وحويطة وفى آخر يحلف خمسون رجلا منكم ما قتلنا ولا علمنا له قاتلا ثم قال اغرموا فقد رد خبر الخلف وتغرم قد قتل فيم وقد نص على مثله قلنا وقوله يتغيرهم الولى فى المختصر نص على أن اليمين لولى لان اليمين حقه وله أن يختار من يتهمه بالقتل أو أهل الخبرة بذلك أو صالحى أهل المحلة لأن تحريمهم عن اليمين الكاذبة أبلغ فيظهر القتل ولو اختار واأعمى أو محدودا فى قذف جاز لانه يمين ولست بشهادة بخلاف العان فانه شهادة فلا تلازم بين اليمين المحدود وبين امرأته اذ ليس هو من أهلها قال رحمه الله (فاذا حلفوا فعلى أهل المحلة الدية ولا يحلف الولى) وقال الشافعى رحمه الله يحلف الولى بعد ما حلف أهل المحلة فاذا حلف الاولياء قضى لهم بالدية فلا تجب بمجرد يمين أهل المحلة لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث عبد الله بن سهل رضى الله عنه تبرئكم اليهود بأيمانها ولان اليمين عهد فى الشرع مبرئا للمدعى عليه لامنزلة كما فى سائر الدعاوى ولنا مارو ينا من الخبر والاثر وقوله عليه الصلاة والسلام تبرئكم اليهود محمول على الابراء عن القصاص والحبس واليمين مشروعة لتعين القاتل لتجب الدية عند نكولهم حتى تتوى باليمين لان الدية وجبت بالقتل الموجود منهم ظاهرا أو لتقصيرهم عن المحافظة على ما عرف فى القتل خطأ ومن أبى منهم اليمين حبس حتى يحلف لان اليمين مستحقة عليه فيه لانه تعطيل الامر المهم ولهذا يجمع بينه وبين الدية بخلاف النكول فى الاموال لان اليمين بدل عن أصل حقه ولهذا يسقط ببذل المدعى عليه المال المدعى وفيما نحن فيه لا يسقط ببذله الدية هذا الذى ذكرناه اذا ادعى الولى القتل على جميع أهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض لا بأعيانهم اذا قتل عمدا أو خطأ لان المدعى عليهم لا يتميزون عن الباقى ولو ادعى على البعض بأعيانهم القتل عمدا أو خطأ فكذلك الجواب واطلاق الكتاب يدل على ذلك وعن أبى يوسف رحمه الله فى غير رواية الاصول أن القسامة والدية تسقط عن الباقين من أهل المحلة ويقال للولى أنك بينة فان قال لا يستحلف المدعى عليه يمينا واحدة وروى ابن المبارك عن أبى حنيفة رحمه الله مثله ووجهه أن القياس بأباه لاحتمال وجود القتل من غيرهم وانما عرف بالنص اذا كان فى مكان ينسب الى المدعى عليهم وفيما وراءه بقى على أصل القياس ولان دعواه ابراءهم حيث ادعى معرفة من قتله وصار كما اذا ادعى القتل على واحد من غيرهم

واحد من أهل المحلة بعينه فالقسامة والدية يحالها اه (قوله ووجهه أن القياس بأباه) أى وجوب القسامة على أهل المحلة اه (قوله وانما عرف) أى وجوب القسامة اه (قوله اذا كان) أى المدعوى عليهم جميعا اه غاية (قوله بقى على أصل القياس) فلم تجب القسامة اه اتقانى (قوله من غيرهم) أى غير أهل المحلة فانه لا تجب القسامة فيه اه

(قوله وفي الاستحسان تجب القسامة الخ) فيما اذا كان المدعى على البعض بعينه اه اتقاني (قوله فنهو على الاختلاف الذي ذكرناه الخ) بين أبي حنيفة وصاحبيه بيانه أنه اذا ادعى قصاصا على غيره فجحد استحلف لقوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر فان نكل عن اليمين فيما دون النفس لزمه القصاص عند أبي حنيفة خلافا لابي يوسف ومحمد فعندهما يجب الارش بناء على اختلافهم في معنى النكول فعند أبي حنيفة أنه في معنى البذل وبذل ما دون النفس يصير من طريق الحكم الا ترى أن من أذن لرجل في قطع يده فعمل لم يلزمه قصاص ولا شيء كما لو استوفاه بحق فاذا صح بذله جاز استيفاؤه فكذا النكول كالاموال وعلى قولهما النكول قائم مقام الاقرار وليس بصريح فيه بدليل افتقاره الى حكم الحاكم والاقرار حكمه ثابت بنفسه والاقرار لا يثبت بما هو مثله أو فوقه ومتى تعذر استيفاء القصاص وجب المال كدم العمد المشترك اذا عفا أحد الشريكين وان نكل في النفس حبس حتى يقر أو يحلف أو يموت جوعا عند أبي حنيفة وقالا يلزمه الارش كما في النكول في الطرف وقد كان القياس عند أبي حنيفة أن يقتص منه لما مر فيما دون النفس وانما استحسن في اسقاط القصاص استعظاما لحرمة النفس أما ترى أنه تعلق بها ما لم يتعلق بغيرها (١٧١) من تكرار الايمان ووجوب الكفارة فلذلك افترقا وانما قال يحبس لان اليمين قد تكون نفس الحق بدليل اجتماع الدية والقسامة في القتيل الذي يوجد في المحلة واذا جاز أن يكون نفس الحق فمتى امتنع من ايفائها وتعذر الحكم به وجب نكوله ووجب أن يحبس وعلى قوله ما لما تعذر استيفاء القصاص وجب المال اه اتقاني (قوله في المتن وان لم يمين القسامة يحلف الخ) وان كان أهل المحلة قسم الفساق والصالح فالخيار في استحلافهم الى الورثة يختارون أهل الصلاح ان أحبوا حتى يسقط حقوهم فيما بين أهل الصلاح لا بين خمسين وأرادوا أن يردوا عليهم الايمان فليس لهم ذلك ولهم أن يختاروا من الباقي تمام خمسين رجلا هو هذا لفظ الكرخي اه اتقاني (قوله في المتن لم يحلف الا خمسين عينا) كذا بخط الشارح وفي غالب نسخ المتن خمسون برفع اه (قوله في المتن ولا قسامة ولا دية في ميت لا أثر به الخ) قال في الاسلام في شرح الزيادات ودلالة انتفاء جراحة أو جلد أو دم يخرج من عينه أو تنفه أو بصقه دمن جوفه في فيه أو انفه أو دبره أو ذكره أو بزقه من رأسه الى فيه فليس بصلح دليلا على القتل الى هنا لفظه فعلى هذا كره ينبغي أن يكون الجواب في الدم الخارج من الفم على التفصيل اه غاية وكتب صدقه وأصل فيه أن القتيل اذا لم يمت بسبب باشره متى عادة فاذا وجد في المحل سبب قائل عادة يوجد من ذلك السبب يستدل به على أنه قتيل ولا فلا وخروج الدم من موضع يخرج منه عادة من غير ضرب لا يكون أثرا للقتل كما اذا خرج من أنفه أو فمه قد يكون دمه من رعاف فلم يصح دليلا على وجود سبب في محل وكذا ان خرج من دبره لا يكون دليلا على القتل فانه قد يكون لعلة في الباطن وقد يكون لا لعلة شيء غير موافق وكذلك ان خرج من الاحليل لا يكون ذلك دليلا على القتل لانه قد يكون ذلك لعرق انفجر في الباطن أو لضعف الكلى أو لضعف الكبد وقد يكون من شدة الخوف أيضا وأما اذا خرج الدم من أذنه أو عينه كان ذلك دليل القتل ظاهرا لان الدم لا يخرج منهما عادة الا بضرب حادث اه اتقاني (قوله لان الغرامة) أراد بها الدية اه

وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل المحلة لانه لا فصل في اطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فيعمل باطلاق النصوص لا بالقياس بخلاف ما اذا ادعى على واحد من غيرهم لانه ليس فيه نص فلو أوجبناهما لا وجبناهما بالقياس وهو ممتنع ثم حكم ذلك أن يثبت ما ادعاه اذا كان له بينة وان لم يكن له بينة استحلف عينا واحدة لانه ليس بقسامة لانعدام النص وامتناع القياس ثم ان حلف برئ وان نكل ففي دعوى المال يثبت وفي دعوى القصاص فهو على الاختلاف الذي ذكرناه في كتاب الدعوى قال رحمه الله (وان لم يتم العدد كرر الحلف عليهم ليتم خمسين عينا) لان الخمسين واجب بالنص فيجب اتمامها ما أمكن ولا يشترط فيه الوقوف على الفائدة فيما ثبت بالنص وقد روي عن عمر رضي الله عنه أنه قاضى بالقسامة وافى عنده تسعة وأربعون رجلا فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية وعن شريح والنخعي رحمهما الله مثل ذلك ولان فيه استعظام ما هو أهم فيكمل وتكرار اليمين من واحد على سبيل الوجوب يمكن شرعا كما في كلمات اللعان وان كان العدد كاملا فأراد الولي أن يكرر على أحدهم فليس له ذلك لان المصير الى التكرار ضرورة الاكمال وقد كمل قال رحمه الله (ولا قسامة على صبي ومجنون ولا مرأة وعبد) وهم ليسوا من أهل النصرة وانما هم أتباع والنصرة لا تقوم الا بالاتباع واليمين على أهل النصرة ولان الصبي والمجنون ليسا من أهل القول الصحيح ولهذا قول قال رحمه الله (ولا قسامة ولا دية في ميت لا أثر به أو سيل دم من فمه أو أنفه أو دبره بخصر عينه وانفه) لان القسامة تجب في القتيل وهذا ليس بقتيل وانما مات حتف أنفه وفي مثله لا قسامة ولا غرامة لان الغرامة تتبع فعل العبد والقسامة تحتمل القتل منهم فلا يلزمهم أثر يكون بالميت يستدل به على أنه قتيل وذلك بأن يكون به جراحة أو أثر ضرب أو خنق فاذا لم يكن به شيء من الاثر لا يكون بفعل البشر فلا يكون قتيلا وكذا اذا خرج الدم من فمه أو ذكره أو دبره لان هذا مخارق يخرج منها الدم عادة فلا يستدل به على أنه قتيل بخلاف ما اذا خرج الدم من عينه أو انفه لانه لا يخرج عادة الا من شدة الضرب فيكون قسامة ظاهرا

(قوله وهو غير مشروع) أي تكرار الدية والقسامة اه (قوله فيجريان) أي الدية والقسامة اه (قوله ولو وجد فيهم) أي ولو وجد في المحلة وكان القياس أن يقال فيها وانما ذكر بلفظ العقلاء نظرا لكون القوم أو الجماعة أو أهل المحلة اه غاية (قوله لأن الظاهر أن تمام الخلق ينفصل حيا) فيكون قتيلا خطأ هو الأثر ولا يقال الظاهر يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق ولهذا لا يجب في عبد أعمى وشله وذكره اتمام تعلم

صحته سود حكومة العدل ولم يجب ما وجب في السليم منها وان كان الظاهر سلامته عدد تأويل انما ء

فيجري عليه أحكامه وهو المراد بقوله بخلاف عينه وأذنه أي بخلاف ما اذا خرج الدم من عينه أو أذنه وزوجد بين القتيل كله أو أكثر من نصفه أو النصف ومعه الرأس في محلة فعلى أهلها القسامة والدية والوجد نصفه مشوها طول أو وجد أقل من النصف كان معه الرأس أو لم يكن فلا شئ عليهم لان هذا حكم عرف بالنص وقد وردبه في البدن ولكن أعطينا للاكثر حكم الكل فأجرينا عليه أحكامه تعظيما للآدمي والاقل ليس في معناه فلا يلحق به ولانا لو اعتبرنا ما اجتمعت له الديات والقسامات بقتال شخص واحد بأن وجد أطرافه في القرى متفرقة وهو غير مشروع فيفتح باب ما يؤدي اليه فيجب ان في الاكثر أو النصف مع الرأس لا عبرة احترازا عن التكرار وبنى على هذا صلاة الجنازة لانها لا تتكرر كالقسامة والدية ولو وجد فيهم جنين أو سقط ليس به أثر الضرب فلا شئ على أهل المحلة لانه لا يفوق الكبير حالا وان كان به أثر الضرب وهو تمام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم لان الظاهر أن تام الخلق ينفصل حيا وان كان ناقص الخلق ولا شئ عليهم لانه ينفصل ميتا ظاهرا وانما وجبت القسامة والدية في تام الخلق بالظاهر وليجب بدية في عين الصبي وذكره لان الاطراف أقل خطرا ولهذا يسلك بها مسلك الاموال لا مسلك النفس فيجاب عنه بأن سلامته يقينا بخلاف النفس فان خطر ها عظيم فيجب بدلها بأدنى شبهة وليس كذلك الاطراف ولهذا تجب القسامة والدية من غير تحقق القتل منهم بخلاف الاطراف ولان الجنين نفس فاعتبرنا جهة النفس ان انفصل حيا فيستدل عليه بتمام الخلق وعضوين وجه فاعتبرنا جهة العضو ان انفصل ميتا فيستدل عليه بنقصان الخلق قال رحمه الله (قتيل على دابة معها سائق أو قائد أو راكب فديته على عاقلته دون أهل المحلة) لانه في يده فصار كما اذا كان في داره وان اجتمع فيها السائق والقائد والراكب كانت الدية عليهم جميعا لان القتيل في أيديهم دون أهل المحلة فصار كما اذا وجد في دارهم ولا يشترط أن يكون المكان للدابة بخلاف الدار والفرق أن تدبير الدابة اليهم وان لم يكونوا مالكين لها وتدبير الدار الى مالكها وان لم يكن ساكنا فيها وقيل القسامة والدية على مالك الدابة فعلى هذا الفرق بينها وبين الدار وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يجب على السائق الا اذا كان يسوقها مختفيا لان الانسان قد ينقل قريبه الميت من مكان الى مكان للدفن وأما اذا كان على وجه الخفية فلا تظاهر أنه هو الذي قتله وان لم يكن مع الدابة أحد فالدية والقسامة على أهل المحلة الذين وجد فيهم القتيل على الدابة لان وجوده على الدابة كوجوده في الموضع الذي فيه الدابة قال رحمه الله (وان حرت دابة عليها فتيل بين قريتين فعلى أقربهما) لما روى أنه عليه الصلاة والسلام أمر في قتيل وجد بين قريتين بان يذرع فوجد الى أحدهما أقرب بشبر فقضى عليهم بالقسامة والدية وكذا عمر رضي الله عنه أمر في قتيل وجد بين وادعة وأرحب فوجد الى وادعة أقرب فقضى عليهم بالقسامة وقيل هذا محمول على ما اذا كانوا بحيث يسمع منه الصوت وأما اذا كانوا بحيث لا يسمع منه الصوت فلا شئ عليهم لانهم اذا كانوا بحيث يسمع منه الصوت يمكنهم الغوث فينسبون الى التقصير في النصرة واذا كانوا بحيث لا يسمع منه الصوت لا يمكنهم الغوث فلا ينسبون الى التقصير في النصرة قال رحمه الله (وان وجد في دار انسان فعليه القسامة والدية على عاقلته لان الدار في يده ويدعو بنصرته بعاقلته ولا تدخل الكسان في القسامة مع المدلل عند أبي

فلا يجب على السائق وقوله الا اذا كان يسوقها استثناء من قوله لا يجب على السائق فهم منه أنه اذا كان السائق حسيفة يسوقها مختفيا يجب عليه وعلته تعلم من قوله وأما اذا كان على وجه الخفية الخ اه (قوله وادعة وأرحب) هما حيان من همدان اه اتقاني (قوله وقيل هذا الخ) قال الاتقاني قالوا وهذا اذا كان بحال يسمع الصوت منه اه (قوله فلا ينسبون الى التقصير في النصرة) فلا تجب عليهم القسامة والدية ولا يجب شئ على أحد اه اتقاني

حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله هو عليهم جميعا لان ولاية التدبير تكون بالسكنى كما تكون الملك ألا ترى أنه ليس للصلاة والسلام جعل القسامة والدية على اليهود لكونهم سكانا بخيبر لانه عليه الصلاة والسلام كان قسم خيبر بين المسلمين ولهما أن المذلة لهم المختصون بنصرة البقعة عادة دون السكان ولان سكنى المذلة لزم وقرارهم أدوم فكانت ولاية التدبير اليهم فيتحقق التقصير منهم وأما أهل خيبر فالنبي صلى الله عليه وسلم كان أقرهم على أملاكهم فكان يأخذ منهم على وجه الخراج قال رحمه الله (وهي على أهل الخطة دون السكان والمشترين) وهذا مذهب أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وأهل الخطة هم الذين خط لهم الامام وقسم الارا ضي بخطه ليميز أنصباءهم وقال أبو يوسف رحمه الله الكل مشتركون لان الضمان إنما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية حفظ ولهذا جعلوا مضمون جناة والولاية أي ولاية الحفظ باعتبار الكون فيه وقد استووا فيه فصار كالدار المشتركة بين واحد من أهل الخطة وبين المشتري ولو كان للخطة تأثير في التقديم لمباشرة المشتري ولهما أن صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة في العرف فيختص بعهدتها لان الدية والقسامة تجبان بسببهما لان أهل الخطة أصيل والمشتري دخيل وولاية التدبير في الاصيل وفي الدار المشتركة ولاية التدبير في المالك مطلقا بخلاف القرية والمحلة وقيل أبو حنيفة رحمه الله بنى ذلك على مشاهد من عادة أهل الكوفة قال رحمه الله (فان لم يبق واحد منهم فعلى المشترين) أي فان لم يبق واحد من أهل الخطة فعلى المشترين وهذا بالاجماع لان الولاية انتقلت إليهم لزوال من تقدم عليهم عددها وعند أبي يوسف رحمه الله خلصت لهم لان ولاية الزوال من تراجعهم ثم إذا وجد في الدار أنفس تدخل العاقلة في القسامة إن كانوا حاضرين عند دعواها وعند أبي يوسف رحمه الله لا تدخل لان رب الدار أخص بمن غيره لاختياره غيره فيها كأهل المحلة لاشاركهم معوالقهم فيها فصاروا كأنهم كانوا غائبين ولما ذكرهم الحصر لزعمهم خمسة كما تقدم صاحبا. أبو حنيفة كما تقدم قال رحمه الله (وإذا وجد في دار مشتركة بين جماعة أنصباؤهم على السواء أو وجد في محلة لقتيل في دار مشتركة بين جماعة أنصباؤهم فيها متفاضلة بأن كانت بين ثلاثة منازلا لاحدهم النصف ولآخر الثلث ولثالث السدس تقسم الدية والقسامة على عدد رؤسهم ولا معتبر بتفاوت الانصباء لان صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير فكانوا سواء في الحفظ والتقصير فيكون على عدد رؤس بمنزلة الشفعة قال رحمه الله (وإن بيع ولم يقبض فهو على عاقلة البائع وفي الخيار على ذي اليد) أي إذا بيعت الدار ولم يقبضها المشتري حتى وجد فيها قتيل فضمانه على عاقلة البائع وإن كان في البيع خيار لاحدهما فهو على عاقلة من له الخيار عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إن لم يكن فيه خيار وهو على عاقلة المشتري وإن كان فيه خيار فعلى عاقلة الذي بيده إليه لانه لما تم أمر البائع باعتبار التقصير في الحفظ فقد وجب لا على سبيل الولاية بالحفظ وولاية تستدعي الملك وليست الدار وديعة تجب الدية على صاحب الدار دون المودع ولملك المشتري قبل القبض في البيع بات وفي الذي شرط فيه الخيار يعتبر قرار الملك كما في صدقة القطر ولابي حنيفة رحمه الله أن القدرة على الحفظ بالبدل لا بالملك ألا ترى أنه يد وعلى الحفظ باليد بدون الملك ولا يقدر للملك بدون اليد في الدار المغصوبة وفي البيع بات البدائع قبل القبض وكذا فيما فيه الخيار لاحدهما لانه دون البات ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار فهو أحوج ما يكون إلى التسليم وإن كان الخيار للبائع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فتعتبر يده الجبرية قدر ما تحفظ بخلاف صدقة القطر لانه يجب على المالك لا على الضامن وهذا ضمان جناية

فهم لانه لا جزاء لان يجب عليهم لما ذكرنا الاجماع منعقد على وجوب القسامة ولا جزاء أن يجب على الدخيل لان فيه قلب المعقول ونقض الاصول ولا جزاء أن يجب عليهما لانه حينئذ يذهب الخلاف فتعين أن يجب على أهل الخطة فقط والدخيل فعيل من دخل وأراد به المشترين والسكان اه (قوله فان كانوا حاضرين عندها) وان كانوا غيابا فالقسامة على رب الدار تتكرر عليه الايمان اه غاية

قال في الحصر ما نصه واذا كان في المحلة أصحاب الخطط والمشترون والسكان فعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله القسامة على أهل الخطة حتى لو لم يكن الا واحد كرر عليه خمسون يمينا والدية على عاقلته لان مبنى هذا الامر على التدبير والرأي والنسبة وذلك الى أهل الخطة ألا ترى أنه اذا وجد في دار فهو على مالكها دون خدمه وأجرائه واذا وجد في مسجد جامع فعلى جماعة المسلمين وقال أبو يوسف وابن أبي ليلى أهل الخطة والمشترون والسكان سواء في القسامة والدية لان وجوبها عليهم لالتزامهم الحفظ أو لوجود القتيل بينهم والكل في ذلك سواء اه ما قاله في الحصر وقال في المعني في شرح هذا البيت ما نصه اذا كان في المحلة أصحاب الخطط والمشترون والسكان فالكل سواء في القسامة والدية وقالا على أهل الخطة حتى لو لم يكن الا واحد كرر عليه خمسون يمينا والدية على عاقلته فان لم يبق منهم واحد بأن باعوا كلهم فهو على المشترين فان قلت هل في البيت اشارة الى أن عندهما يجب على أهل الخطة دون الدخيل قلت

فتجب على الضامن لان ضمان الجناية لا يشترط فيها الملك ألا ترى ان الغاصب يجب عليه ضمان جناية العبد المغصوب ولا ملك ويخالف ما اذا كانت الدار في يده وديعة لان هذا الضمان ضمان ترك الحفظ وهو انما يجب على من كان قادرا على الحفظ وهو من له بد أصالة لا بنيابة وبد المودع بنيابة وكذا المستعير والمرتهن وكذا الغاصب لان يده بد أمانة لان العقار لا يضمن بالغصب عند ناخ كرفي النهاية وذكر في الهداية ما يدل على أن الضمان على الغاصب قال رحمه الله (ولا تعقل عاقلة حتى يشهد الشهود أنهم الذي اليد) أي اذا كانت دار في يد رجل فوجد فيها قتيل لا تعقله عاقلته حتى يشهد الشهود أنها للمقتول أو لصاحب اليد لان ملك صاحب اليد لا تتهمه حتى تعقله عاقلته عنه واليد وان كانت تدل على الملك ولكنها متهمة فلا تكفي لايجاب الضمان على العاقلة كالا تكفي لاستحقاق الشفعة في الدار المشفوعة لان ما ثبت بالظاهر لا يصلح بمجلد استحقاق و يصلح لدفع وقد عرف في موضعه ولا فرق في ذلك بين أن يكون القتيل الموجود فيها هو صاحب الدار أو غيره عند أبي حنيفة رضي الله عنه على ما تبين ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (وفي الفلك على من هي لمن الركاب والملاحين) لانه في أيديهم فيستوي المالك وغيره فيه أما على قول أبي يوسف رحمه الله فظاهر لانه كان يسوّي في الدار بين السكان والملاك والفرق لهما أن الفلك تنقل وتحوّل فتكون في اليد حقيقة فتعتبر فيها اليد دون الملك كما في الدابة بخلاف المعقار فانه لا ينقل قال رحمه الله (وفي مسجد محلة على أهلها وفي الجامع والشارع للقسامة والدية على بيت المال) لان التدبير في مسجد المحلة اليهم والجامع والشارع لعامة لا يختص به أحد منهم والقسامة لنفي تهمة القتل وذلك لا يتحقق في حق الكل فدينه تكون في بيت المال لانه مال العامة وكذلك الجسور العامة والاسواق العامة التي في الشوارع وكذا لو وجد في مسجد جماعة يكون كما لو وجد في السوق التي هي للعامة لان التدبير في مثل هذا كله الى الامام لانه نائب المسلمين لا الى أهل هذه السوق بخلاف الاسواق المملوكة لاهلها أو التي في المحال والمساجد التي فيها حيث يجب الضمان فيها على أهل المحلة أو على المالك على الاختلاف الذي بيناه لانها محفوظة بحفظ أربابها أو بحفظ أهل المحلة وفي المنتقى اذا وجد قتيل في صف من السوق فان كان أهل ذلك الصف يبيتون في حوانيتهم فديته القتيل عليهم وان كانوا لا يبيتون فيها فالدية على الذين لهم ملك الحوانيت ولو وجد في السجن فديته على بيت المال عندهما وعند أبي يوسف رحمه الله على أهله وهي مبنية على مسئلة السكان والملاك قال رحمه الله (ويهدر لولي برية أو وسط القرات) لان القرات ليس في يد أحد ولا ملك له اذا كان يجري الماء بخلاف ما اذا كان النهر صغيرا بحيث يستحق به الشفعة حيث يكون ضمانه على أهله لقيام يدهم عليه وكذا البرية لا يدل احد فيها ولا ملك فيهدر ما وجد فيها من القتيل حتى لو كانت البرية مملوكة لاحد أو كانت قريبة من القرية بحيث يسمع منه الصوت يجب على المالك وعلى أهل القرية لما بينا وذكر الكرخي وشيخ الاسلام أن النهر العظيم اذا كان موضع انبعاث مائه في دار الاسلام تجب الدية في بيت المال لانه في أيدي المسلمين بخلاف ما اذا كان موضع انبعاث مائه في دار الحرب لانه يحتمل أن يكون قتيل أهل الحرب فيهدر قال رحمه الله (ولو محتسبا بالشاطئ فعلى أقرب القرى) أي لو كان القتيل محتسبا في شاطئ النهر فعلى أقرب القرى من ذلك الموضع لان الشط في أيديهم يستقون منه ويرودون فيه وهم فكانوا أخص بنصرته من غيرهم فيكون ضمان المحتسب فيه عليهم لانه كملوضوع بالشط قال رحمه الله (ودعوى الولي على واحد من غير أهل المحلة تسقط القسامة عنهم وعلى معين منهم لا) وقد ذكرناه مع تشعبه والاختلاف فيه والقياس والاستحسان فيه فلا نعيده قال رحمه الله (وان التقى قوم بالسيوف فأجاوا عن قتيل فعلى أهل المحلة الا أن يدعي الولي على أولئك أو على معين منهم) لان القتيل بين أظهرهم والحفظ عليهم فتكون القسامة والدية عليهم الا اذا أبرأهم الولي بدعوى القتل على أولئك كلهم أو على واحد منهم بعينه فيبرأ أهل المحلة ولا يثبت على المدعى عليه الا بحجة على ما بينا وقوله أو على معين منهم ان أراد به الواحد من أهل

(قوله حتى يشهد الشهود أنهم لصاحب اليد) قال نقر الاسلام البزدوي في شرحه يريد به اذا أنكرت العاقلة أن تكون الداره وقالوا هي وديعة في يدنا فالقول قولهم الا أن يقيم بينة على الملك اه غاية (قوله ولو وجد في السجن فديته على بيت المال عندهما) لان أهل السجن مقهورون فلا يتناصرون فلا يتعلق بهم ما يجب لاجل النصرة ولانه بنى لاستيفاء حقوق المسلمين فاذا كان عنهم يعود الى غيرهم فغرمه يرجع اليهم اه هداية (قوله وعند أبي يوسف رحمه الله على أهله) لانهم سكان وولاية التدبير اليهم والظاهر أن القتل منهم اه هداية (قوله وهي مبنية على مسئلة السكان والملاك) وقد تقدم الخلاف فيها في الوريقة المتقدمة اه (قوله فعلى أقرب القرى من ذلك الموضع) يريد به اذا كان يسمع الصوت من القرى اه غاية (قوله في المتن فأجاوا) أي انكشفوا وانفرجوا يعني ذهبوا وتركوا القتيل اه غاية (قوله الا اذا أبرأهم الولي بدعوى القتل على أولئك) أي الذين التقوا بالسيوف اه

الحلة يستقيم على قول أبي يوسف رحمه الله لان أهل المحلة يبرؤن لدعوى الولى على واحد منهم بعينه وهو القياس وعند هما لا يبرؤن وهو الاستحسان وقد بينا ذلك في أوائل الباب فلا يستقيم وان أريد به واحد من الذين التقوا بالسيوف يستقيم بالاجماع وقال أبو حنيفة رحمه الله في كشف العوامض هذا اذا كان القوم بقال غير مأولين اقتتلوا عصبية وان كانوا مشركين أو خوارج فلا شئ فيه ويجعل ذلك عن أصابه العدو قال رحمه الله (وان قال المتخلف قتلته بالله ما قتلت ولا علمت له قاتلا فانه لا يزيد) لما مر أقر بالقتل على واحد صار مستحقا عن اليمين وبقى حكم من سواه على حاله فيحلف عليه ولا يقتل عليه قول المتخلف انه قتله لانه يريد بذلك اسقاط الخصومة عن نفسه فلا يقبل ويحلف على ما ذكرنا وفي النهاية هذا قول محمد رحمه الله وأما على قول أبي يوسف رحمه الله فلا يحلف على العلم لانه قد عرف قاتلا وعترف به فلا حاجة اليه ومحمد رحمه الله يقول بجواز أنه عرف أنه قاتل فأخرجه قال رحمه الله (وبطل شهادة بعض أهل المحلة على قتل غيرهم أو واحد منهم) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال رحمهما الله تقبل شهادتهما اذا شهدوا على رجل من غيرهم لان الولى لما ادعى القتل على غيرهم تبين أنهم ليسوا بخصماء فغاية الامر أنهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء وقد بطل ذلك بما ذكرنا فلا يمنع من قبول الشهادة كما وكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة وله أنهم خصماء جائز لهم قاتلين التقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا من الخصومة كلهم اذا خرج من وصاية بعد ما قبلها ثم شهد لا تقبل شهادته فحاصله أن من صار خصما في حادثة لا تقبل شهادته فيها ومن كان بعرضية أن يصير خصما ولم ينتصب خصما بعد تقبل شهادته وهذان الاصلان متفق عليهما غير أنهما يجعلان أهل المحلة من قبيل من هو بعرضية أن يصير خصما وهو يجعلهم من انتصب خصما وعلى هذين الاصلين يخرج كثير من المسائل فمن جنس الاول الوكيل بالخصومة اذا خاصم عند الحاكم ثم عزل لا تقبل شهادته والشفيع اذا طلب لشفعة ثم تركها لا تقبل شهادته بالبيع ومن جنس الثاني أن الوكيل اذا خاصم والشفيع اذا يطلب وشهدا تقبل شهادتهما وولدي الولى على رجل بعينه من أهل المحلة فشهد شاهدان من أهلها عليه لم تقبل شهادتهما عليه لان الخصومة قائمة مع الكل والمشهود عليه منهم من نفسه فكان متهما الا في روايه عن أبي يوسف رحمه الله فانه قرأه من قول وزوجه الرجل قتيلا في داره فنسبه الى عاقلة الزوج وزنه عمدا أي جنسه رحمه الله ولا شئ فيه لان الدار في يد حر واحد اجرح فيكون كأنه قتل نفسه فيكون هدرا ولان القسامة انما تجب على طهور القتل في ملكه وليس لاحد ان يدخل في داره من ملك قبل ذلك وحل ظهور القتل الدار الموروثة فتجب على عاقلتهم بخلاف المكاتب اذا وجد قتيلا في داره فانه لان الدار في ملكه

(قوله ومن جنس الثاني) أي وهو ما اذا كان لرجل عرضية أن يصير خصما الخ اه (قوله وشهدا تقبل شهادتهما) وكذلك الوكيلان بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة ثم شهدا بذلك قبلت شهادتهما لان الوكيل بالخصومة انما يصير خصما لكان القضاء لانه لا يصح في غيره فصار له شبه بالمكاتب فله ثابت قبله كما وقت وبالزمان كذا في سراجه ثم قال فيه فما قاله أبو حنيفة أظهر وما قالا أحوط لان الخصومة قائمة مع كل من عليا اه نهاية (قوله فدته على عاقلته) أي على عاقلة الوارث (قوله وزنه عمدا أي جنسه) قال في الهداية فدته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة اه قال في سراية قوله فدته على عاقلته أي على عاقلة ورثته وتطويه اه فلا تخالف بين عبارة الشارح وعبارة الهداية اه (قوله وقالا) أي وزفر اه هداية (قوله فدته على عاقلتهم) أي تجب الدية على عاقلة الورثة لورثة هذا الاختلاف الوعاقل أما اذا اتحدت عاقلة المقتول مع عاقلة الورثة فيجب بالاجماع دية على عاقلة المقتول لورثة فيعمل ما ذكره أولا في المتن بقوله فدته على عاقلته لورثته على ما اذا اتحد

لانفسهم قلت العاقلة أعم من أن تكون ورثة أو غير ورثة فما وجب على غير الورثة ثم العاقلة يجب للورثة منهم وهذا الان عاقلة الرجل أهل ديوانه عندنا وعند الشافعي أقرباؤه اه غاية (قوله ان المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل) أي في هذه المسئلة اه كافي وهدايه قال في النهاية وانما قيد بقوله في هذه المسئلة لان المرأة لا تدخل في العواقل في تحمل الدية في صورة من الصور على ما يجيء في المعقل بقوله وليس على النساء والذرية معقل اه

﴿كتاب المعاقل﴾

لما كان موجب القتل خطأ وما في معناه الدية على العاقلة شرع في بيان ذلك وسميت الدية عقلا ومعقلا لان أهل الديات كانت تعقل بفنائه وفي المقتول ثم عم هذا الاسم لجميع الدية معقلة وان كانت دراهم أو دنانير وقيل اشتقاقا من المعقلة لانها تعقل الدماء عن أن تسفك ومعاقل الجبال المواضع المنيعة فيها ويقال عقل الدواء بطنه يعقله عقلا اذا أمسكه اه غاية (قوله في المنتهى جمع معقلة) قال العيني بفتح الميم وسكون العين وضم القاف ككرمة قال الشارح جمع معقلة بالضم قلت هذا ليس لان قوله بالضم يتبادر الذهن الى ضم الميم وليس كذلك بل الضم للقاف والفتح للميم اه

حكما وقت ظهور القتل فصار كأنه قتل نفسه فهدر دمه وهذا الان ملكه باعتبار عقد الكتابة وهو باق بعد موته فبقي ملكه كذلك ولو أن رجلين كان في بيت ليس معهما ثالث ووجد أحدهما ميتا فقال أبو يوسف رحمه الله يضمن الآخر الدية وقال محمد رحمه الله تعالى لا يضمن لانه يحتمل أنه قتل نفسه ويحتمل أنه قتله الآخر فلا يضمن بالشك ولابي يوسف رحمه الله ان الظاهر أن الانسان لا يقتل نفسه فكان وجه ذلك ساقطا فصار كما اذا وجد قتيل في محلة ولو وجد قتيل في قرية امرأة فعند أبي حنيفة ومحمد القسامة عليها وتكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها وقال أبو يوسف لا قسامة ولا يمين عليها والعاقلة لان القسامة لا تجب الا على من كان من أهل النصرة وهي ليست من أهلها اذ شبهت لصبي ونحوه ان القسامة لنفي التهمة وتهمة القتل من المرأة مندفعة ثم قال المتأخرون من أصحابنا ان المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل لانا أنزلناها قاتلة فتترك العاقلة فتجب عليها وهو اختيار الخصاف وهو الاصح فيها وانما اذا باشرت القتل بنفسها ومن جرح في قبيلة فنقل الى أهله فمات من ذلك الجراحة فان كان صاحب فراش حتى مات فالدية والقسامة على ذلك القبيل عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله لا ضمان فيه ولا قسامة لان ما حصل في ذلك القبيل ما دون النفس فلا قسامة فيه وصار كما اذا لم يكن صاحب فراش وله أن الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص في العمد والدية في الخطأ فان لم يزل صاحب فراش أضيف الموت اليه ولا لانه يحتمل أن يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك ولو أن رجلا معه جريح يجب رمي حمله انسان الى أهله فمكث يوما أو يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وفي قياس قول أبي حنيفة رحمه الله يضمن لانه يجب بمنزلة الحمل فوجوده جريحا في يده كوجوده جريحا في الحمل كذا في الهداية ولو وجد قتيل في أرض موقوفة أو دار موقوفة على أرباب معاونة فانقسامة والدية على أربابها الان تدبيره اليهم وان كانت موقوفة على المسجد فهو كما لو وجد في المسجد وقد ذكرنا حكمه ولو وجد في معسكر نزال في فلاة مباحة ليست بمملوكة لاحد فان وجد في خبمة أو فسطاط فالقسامة والدية على من يسكنها لانها في يده كما في الدار وان كان خارجا منها يطرقان كانوا قبائل متفرقين فعلى قبيلة التي وجد فيها القتيل لانهم لما نزلوا قبائل قبائل في أماكن مختلفة صارت الامكنة بمنزلة المحال المختلفة في المصر ألا ترى أنه ليس لغيرهم أن ينزلهم عن ذلك المكان ولو وجد بين القبيلتين فعلى أقربهما ان استووا فعليهما كما اذا وجد بين القريتين أو بين المحلتين وقال في الهداية ان كان خارجا من الفسطاط فعلى أقرب الاخبية اعتبر والمدد عند انعدام المالك وان كانوا نزلوا جملة مختلطين فعلى أهل العسكر كلهم لانهم لما نزلوا جملة صارت الامكنة كلها بمنزلة محلة واحدة فتكون مضروبة عليهم كلهم فتجب غرامة واحدة ويرجع الخلماء عليهم كلهم وان لم نعرض مالك يجب على المالك بالاجماع لانهم كانوا قد يرتحلون المالك في السامة والدية وهذا عندهما ظاهر والفرق لابي يوسف رحمه الله بينه وبين المحلة أو الدار أن العسكر نزلوا فيه للاستغلال والارتحال لا للاقرار فلا يتبدل الا لضرورة بخلاف الدار والمحلة فانهم يسكنون فيه للقرار فلا يبعد من اعتباره وان كانوا قواعد وهم فلا قسامة ولا دية لان الظاهر أنه قتيلهم والله أعلم بالصواب

﴿كتاب المعاقل﴾

قال رحمه الله (هي جمع معقلة وهي الدية) أي العاقل جمع معقلة بالضم والمعقلة الدية وتسمى عقلا لانها تمنع القاتل الدماء من أن تسفك أي تمسكه يقال عقل البعير عقلا شده بالعقال ومنه العقل لانه يمنعه عن القبائح قال رحمه الله (كل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة) والعاقلة الجماعة الذين يعقلون العقل وهو الدية يقال عقلت القتيل أي أعطيت ديته وعملت عن القاتل أي أديت عنه ما لزمه من

الدية وقدذكرنا الدية وأنواعها في كتاب الديات وأما وجوبها على العاقلة فالاصل فيه ماصح عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قضى بدية المرأة المقتولة وديةجنينها على عصبة القاتلة فقال أو القاتلة فالمقضي عليه يارسول الله كيف أغرم من لاصاح ولا استهل ولاشرب ولاأكل فمثل ذلك بطل فقال عليه الصلاة والسلام هذا من الكهان ولان النفس محترمة فلاوجه الى إهدارها ولا لايجاب العقوبة على المخطئ لانه معذور ومرفوع عنه الخطأ وفي ايجاب الكل عليه عقوبة لمافيه من إجحافه واستئصاله فيضم اليه العاقلة تحقيقا للتخفيف وانما كانوا أخص بالضم اليه لانه انما يقصر في الاحتراز لقوة فيه لان الغالب أن الانسان انما لايحترز في أفعاله اذا كان قويا فكأنه لايبالي باحد وتلك القوة تحصل بالنصار غالب وهم أخطؤا بنصرتهم له لانها سبب لاقدام على التعدي فتصير وابها عن حفظه فكانوا أولى بالضم اليه وقوله كل دية وجبت بنفس أقتل يحترز به عما ينقلب مالا بالصلح وبالشبهة لان الفعل العمد يوجب العقوبة فلا يستحق التخفيف فلا تتحمل عنه العاقلة قال رحمه الله (وهي أهل الديوان ان كان القاتل منهم تؤخذ من عطاياهم في ثلاث سنين) وأهل الديوان أهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت أساميهم في الديوان وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله على أهل العشيرة لما روينا وكان كذلك الى أيام عمر رضي الله عنه ولانسخ بعد النبي صلى الله عليه وسلم فبقي على ما كان ولانها صلة لاقارب بهم أولى كالارث والنفقات والناصية عمر رضي الله عنه فأبدل الديوان وجعل الدية على أهل الديوان بحضرة عمر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير منهم وليس ذلك بشيء بل هو تغيير معنى لان العقل كان على أهل النصرة وقد كانت بأنواع بالحلف والولاء والعقد وأن يعقل رجل من قبيلة وفي عهد عمر رضي الله عنه قد صارت بالديوان فجعلها على اهله اتباعا للمعنى ولهذا قالوا لو كان البوم قوم ينتاصرون بالحرف فعقلتهم أهل الحرفة وان كانوا بالحلف فأهله والدية صلة كما قال لكن ايجابها بما هو صلة وهو العطاء أولى من ايجابها في أصول أموالهم لانه أخف وما تحملت العاقلة الا بتخفيف والتقدير بثلاث سنين مروي عن النبي صلى الله عليه وسلم وعمر وعلي رضي الله عنه ولان الاخذ من العطاء تخفيف وهو يخرج في كل سنة من واحدة قال رحمه الله (فان خرجت العطايا في أكثر من ثلاث أو أقل أخذ منها) حصول المقصود لان المقصود التخفيف وقد حصل وهذا اذا كانت العطايا بمنزلة تقتضاها متى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء بالدية تخرج بعد القضاء لانا لو أخذنا الان الوجوب بالقضاء ولو خرجت عطاياه في سنين مستقبلة في سنة واحدة يؤخذ منها كل الدية لانها بعد الوجوب اذ وجوب القضاء وقد حصل المقصود بذلك وهو التخفيف واذا كان الواجب ثلث الدية أو قل يجب في سنة واحدة لانه أكثر منه يجب في سنتين الى تمام الثلثين ثم اذا كان أكثر منه وفي تمام الدية يجب في ثلاث سنين لان جميع الدية في ثلاث سنين فيكون كل ثلث في سنة ضرورة والواجب على القاتل كالواجب على العاقلة حتى يجب في ثلاث سنين وذلك مثل الاب اذا قتل ابنه عمدا أو انقلب القصاص بالشبهة ماء وقال الشافعي ما وجب على القاتل

ولاانطق وه استهل فمثل ذلك يطل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انما هذا من اخوان الكهان من أجل سجعه الذي سجع ثم قال الانصاف جعل بن مالك وهو ابن ماء السماء المهملة والميم المفتوحتين جعل بن مالك بن لبابة المهملتين أسلم ثم رجع الى بلاد قومه ثم تحول الى البصرة وبقي بها وادا اه (قوله لانه معذور) لانه لم يقصد القتل وكذا الذي ياشر شبه العمد لان الآلة ليست بموضوعة للقتل فكان في معنى الخطأ اه اتقاني (قوله لما فيه من إجحافه) أي يجحف الخاطئ أي اهلاكه اه (قوله وقوله كل دية وجبت بنفس لقتل) أي ابتداء وهو احتراز عما اذا وجبت الدية في ثاني الحال لا ابتداء كما اذا قتل الاب ابنه حيث يكون موجب القتل القصاص ابتداء ولكنه يسقط ذلك الى الدية لشبهة الابوة فتجب الدية في مال الاب لا على العاقلة وكذا اذا وجبت الدية صلحا عن

(٢٣ - زيلعي سادس) الحمد يجب ذلك في مال القاتل حالة الاداء اشترط التأجيل بخلاف ما يجب على الاب فانه يجب في ثلاث سنين اه اتقاني (قوله في الناس وهم أهل الديوان) انظر كلام الشارح في المقالة الاخيرة من هذا الباب فيما يناسب هذه المقالة وفوائد جليلة اه (قوله بالحلف) بكسر الحاء وسكون اللام العهد والمراد به ولاء الموالاة اه غاية (قوله وعقد وان بعد) قال الاتقاني والمراد من العقد أن يكون من قبيلتهم بقال فلان عقد بني فلان اه (قوله فعلها) أي على القاتل من أهل الديوان حتى لا تجب على النساء والصبيان لانه لا يحصل بهم النناصر اه غاية (قوله والتقدير بثلاث سنين مروي الخ) اجعل دية الخطأ على العاقلة في ثلاث سنين اه اتقاني

(قوله لان الواجب الاصلي هو المثل) أي الواجب الاصلي في الضمان هو المثل للقائت لقوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم والمماثلة بين الادمي الصحيح ومكسور الكفين والرجلين والعينين والسن والمال والتحول من المثل الذي هو الادمي الى قيمة الادمي الفائت مثلا شرعا بخلاف القياس ومما يعين التيمة بالقضاء لتعذر اعتبار عدد وجوب القيمة من يوم القضاء اه اتقاني وكتب ما نصه سيأتي في مقابلة الرقبة التي بعده فتنه عند قوله ولذا أي لان الدية انما تجب بالقضاء فتنه يؤكده فانظره (قوله في المتن وان لم يكن) أي القاتل اه

مكين (قوله في المتن وتقسم عليهم في ثلاث سنين الخ) قال في شرح الكافي ومن جنى من أهل البادية وأهل الجبل الذين لا ديوان لهم فرضت الدية على عواقلهم في ثلاث سنين على الاقرب فالاقرب على الاخوة ثم على الاخوة ثم الاعمام ثم على الاعمام على ما عرف من ترتيب العصبات وهل يدخل البنون والآباء بعضهم قالوا يدخلون لانهم أقرب وبعضهم قالوا لا يدخلون لان لا تتصادر غير معتادين الابناء والآباء (قوله وعند الشافعي الخ) وعند الشافعي على الغني نصف دينار وعلى المتوسط ربع دينار كذا في مختصر الاسرار اه غاية (قوله والاعطية الخ) قال الاتقاني والفرق بين الرزق والعطية أن الرزق ما يفرض لكفايته الوقت والعطية ما تفرض ليكونوا قائمين بالنصرة قال صاحب المغرب العطية ما يفرض للقاتل والرزق ما يجعل للفقراء المسلمين اه فلم يكونوا مقاتلة وفيه نظر لان محمدا قال اذا كان لهم أرزاق وأعطيات فرضت الدية في اعطياتهم دون أرزاقهم اه علم بذلك أن الرزق يفرض للمقاتلة أيضا اه (قوله في المتن والقاتل كأحدهم) تقدم في آخر الورقة التي قبل هذه في كلام الشارح فارجع اليه اه (قوله كواحد من العاقلة) حتى يؤخذ منه كما يؤخذ من العاقلة اذا كان من أهل العقل مثل أن يكون بالغا صحيح العقل هذا كله اذا كان للرجل عاقلة فاما اذا لم يكن له عاقلة كالمقيط والحربي والذمي اذا أسلم فعاقلته بيت المال وروى عن محمد أنه قال يجب في ماله ولا يجب على بيت المال هذا اذا أسلم ولم يوال أحدا فأما اذا عقد أحد عقد الولاء فجنايته على المولى الذي والاه

في ماله بكون حالا لان التأجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلتحق به العمد المحض ولنا أن القياس يأبى الايجاب للمال بمقابلة النفس لعدم المماثلة بين النفس والمال واشرع وردبه اذا كان خطأ فلا بتعداه فيجب مؤجلا ولو قتل عشرة رجلا واحدا خطأ فعلى عاقلة كل واحد منهم عشر الدية في ثلاث سنين اعتبارا للبعض بالكل وهو بدل النفس فيؤجل كل جزء من أجزائه ثلاث سنين وأول المدة يعتبر من وقت القضاء بالدية لان الواجب الاصلي هو المثل والنقل الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداء المدة من وقته وتظهره ولد المغرور فان قيمته لا تجب قبل القضاء وانما تجب بالقضاء فتعتبر قيمته في ذلك الوقت قال رحمه الله (وان لم يكن ديوانيا فعاقلته قبيلته) لما روينا ولان نصرته بهم وهي المعتبرة في الباب قال رحمه الله (وتقسم عليهم في ثلاث سنين لا يؤخذ من كل في كل سنة الا درهم أو درهم وثلث ولم يزد على كل واحد من كل الدية في ثلاث سنين على أربعة) وذكر القدوري رحمه الله أنه لا يزاد الواحد على أربعة دراهم في كل سنة وينقص منها والاول أصح فان محمدا رحمه الله نص على أنه لا يزاد على كل واحد من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلاثة وأربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة الا درهم أو درهم وثلث كذا ذكرها لان معنى التخفيف مراعى فيه ولو أخذ منه في كل سنة أربعة يكون في ثلاث سنين اثنا عشر درهما فيخرج من حد التخفيف لبلوغه حد الجزية قال رحمه الله (فان لم تتسع القبيلة لذلك ضم اليهم أقرب القبائل نسبا على ترتيب العصبات) ليتحقق معنى التخفيف واختلفوا في آباء القاتل وأبنائه قيل يدخلون القريب وقيل لا يدخلون لان الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحدا كثير من أربعة وهذا المعنى انما يتحقق عند الكثرة والآباء والابناء لا يكثرون قالوا هذا في حق العرب لانهم حفظوا أنسابهم فأمكن ايجابه على أقرب القبائل وأما العجم فقد ضيعوا أنسابهم فلا يمكن ذلك في حقهم فان لم يمكن فقد اختلفوا فيه فقال بعضهم يعتبر المحال والقرى الاقرب فالاقرب وقال بعضهم يجب الباقي في مال الجاني وعلى هذا حكم الرايات اذا لم تتسع لذلك أهل راية ضم اليهم أقرب الرايات أي أقربهم نصرة اذا حزبهم أمر الاقرب فالاقرب يفرض ذلك الى الامام لانه هو العالم به وهذا كله عندنا وعند الشافعي رحمه الله يجب على كل واحد نصف دينار فيسوي بين الكل لانه صلة فيعتبر بالزكاة وأداء ذلك لان خمسة دراهم عندهم نصف دينار ولكنا نقول هي أحط رتبة من الزكاة ألا ترى أنه لا يؤخذ من أصل المال فينقص منها تخفيفا لزيادة التخفيف ولو كانت عاقلته أصحاب الرزق يقضى بالدية في أرزاقهم في ثلاث سنين في كل سنة الثلث لان الرزق في حقهم بمنزلة العطايا فأقيم مقامها اذ كل منهما صلة من بيت المال ثم ينظران كانت أرزاقهم تخرج في كل سنة يؤخذ كل الدية بمنزلة العطايا وان كانت تخرج في كل سنة أشهر يؤخذ منه سدس الدية وان كانت تخرج في كل شهر فبحسابه وان كانت لهم أعطية في كل سنة وأرزاق في كل شهر فرضت الدية في الاعطية دون الارزاق لان الاخذ من الاعطية أصل ومن الارزاق خلف فلا يعتبر الخلف مع الاصل ولان الاخذ من الاعطية أيسر لهم والاخذ من الارزاق يؤدي الى الاضرار بهم اذ الارزاق لكفاية الوقت ويضررون بالاداء منه والاعطية ليكونوا مؤتلفين في الديوان قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم الاداء منه قال رحمه الله (والقاتل كأحدهم) أي كواحد من العاقلة

ليعاون بعقوله ومواليه الى غير منعاقل عنه فاذا اعقل عنه فليس له أن يتحول وكذلك لو والى أحدا حتى عقل عنه ثبت المال فليس له أن يوالي أحدا بعد ذلك قاله الاتقاني نقلا عن شرح الطحاوي اه وكتب مانصه سيأتي في الصفحة الآتية لو كان القاتل صبيا أو امرأة لاشيء عليهما من الدية ثم قال الشارح بعد هذا بقليل وأما اذا باشرا القتل بأنفسهما فالصحيح أنهما يباشركان اعاقلتهما وكذا المجنون اذا قتل فالصحيح أنه يكون كواحد من العاقلة اه (قوله بخلاف الاول) أراد به ما اذا أقر بقتل خطأ حيث يقضى عليه بالدية في ماله لان اقراره حجة على نفسه ويدعي وفي القتيل عليه أيضا وعن فيما نحن فيه لا يدعي وفي القتيل عليه لانه تصادق مع القاتل أن الدية غير العاقلة وقد قضى بها القاضي عليهم فلا يكون على القاتل شيء اه (قوله في المتن واب جنى حر على عبد خطأ سيسي على عاقلته) هذا عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف في مال القاتل لانه تعمان مال عنده ذكر هذا الشارح وصاحب الهداية في مسئلة الاصطدام اه (قوله قال أصحابنا ليس على النساء والذرية) الذرية أولاد الاولاد وأراد هنا الصبيان وهي مأخوذة من الذر وهي صغار النمل اهغاية (قوله والفرض لهما) أي العسبي والمرأة اه (قوله للعونة) أي لمعونة الجند اه وكتب مانصه بالطبع والمناسبة وحفظ المنزل ونحو ذلك اه غاية

لانه هو القاتل فلا معنى لاخراجه ومؤاخذة شريكه وقال الشافعي رحمه الله لا يجب على القاتل شيء من الدية لانه معذور ولهذا لا يجب عليه الكل فكذا البعض اذ الجزء لا يخالف الكل فلما اسقط الكل إسقاطي سقط البعض ولانها تجب للنصرة وهو ينصر نفسه مثل ما ينصره غيره بل أشد فكان أولى لا يجاب عليه فاذا كان الخطيء معذورا فالبريء منه أولى قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى وعدم وجوب الكل لا ينفي وجوب البعض أرأيت أن كل واحد من العواقل لا يجب عليه الكل ومع هذا يجب عليه البعض فظهر بذلك أن اعتبار الجزء بالكل باطل قال رحمه الله (وعاقلة المعتق قبيلة مولاه) لان نصرته بهم واسمه ينبئ عنها وبقوله ذلك قوله عليه الصلاة والسلام مولى القوم منهم قال رحمه الله (ويعقل عن مولى المولاة مولاه وقبيلته) ومولى المولاة هو الحالف فيعقل عنه مولاه الذي عاقده وعاقل مولاه وهو المراد بقوله وقبيلته أي قبيلة مولاه الذي عاقده لان العرب تتناصر به فأشبه ولاء العتاقة وفيه خلاف لشافعي رحمه الله وقد مر ذلك في الولاء قال رحمه الله (ولا تعقل عاقلة جناية العبد والعمد ولا ما لزم صلحا ولا اعترافا) لما بينا ولانه لا يتناصر بالعبد والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور ولايته عنهم قال رحمه الله (الا أن يصدقوه) في اقراره لان التصديق اقرار منهم فيلزمهم باقرارهم لان لهم ولاية على أنفسهم والامتناع كان لحقهم وقد زال أو تقوم البينة وقد زال كلمة شاهد لانها كالمعاينة وتقبل البينة هنا مع الاقرار وان كانت لا تقبل معه لانها ثبتت حالة ليس بثابت باقرار المدعى عليه وهو الوجوب على العاقلة ثم ثابت بالاقرار يجب مؤجلا وما ثبت بالصلح حال الا اذا اشترط التأجيل في الصلح وقد عرف في موضعه ولو أقر بالقتل خطأ فأريد رفعها الى الحاكم أجل بعد سنين فقضى عليه بالدية في ماله في ثلاث سنين كان أول المدة من يوم يقضي عليه لان التأجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة فاذا في الثابت بالاقرار بل أولى لانه ضعيف ولو تصادق القاتل وأولياء المقتول على أن قاضي بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالبينة وكذبتهم العاقلة فلا شيء على العاقلة لان تصادقهم لا يكون حجة عليهم ولم يكن عليه شيء في ماله لان الدية بتصادقهما قد تقررت على العاقلة بالقضاء وتصادقهما حجة في حقهما فلا يلزمه الا حصته بخلاف الاول حيث يجب جميع الدية على المقر لانه لم يوجد التصديق من الولي بالقضاء بالدية على العاقلة وقد وجد هنا فافترقا قال رحمه الله (وان جنى حر على عبد خطأ فهي على عاقلته) يعني اذا قتله لان العاقلة لا تتحمل أطراف العبد وقال الشافعي رحمه الله لا تتحمل النفس أيضا بل تجب في مال القاتل لانه بدل المال وفي حديث لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولانها آدمي فلا تتحمله العاقلة كالحر وهذا لان ما يجب بقتله دية وهي بدل الذي لا المال على ما بينا من قبل فكانت على العاقل بخلاف دون النفس لانه يسلك به مسلك الاموال والمراد بحديث جنايته أي لا تعقل له قيمة جنى عمدا ولا جناية عبد ولنا ما روينا من حديث قضاء الأرش بدية الحر وجب قضاؤه الأرش بقدره لمولى

هل كل مصر عن أهل سوادهم لانهم أتباع لاهل المصر فانهم اذا حزبهم أمر استنصروا بهم فيعقلونهم أهل المصر باعتبار معنى في غرب ونصرة ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه أهل الكوفة لانه يستنصر باهل ديوانه لا بجيرته والحاصل أن الاستنصار بالديوان أظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والولاء وقرب المكن والعدو الحلف وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما مينا وعلى هذا يخرج كثير من مسائل المعاقل منها اخوان - وان أحدهما بالبصرة وديوان الآخر بالكوفة لا يعقل أحدهما عن صاحبه وانما يعقل عنه أهل ديوانه ومن جنى جناية من أهل البصرة وليس له في أهل الديوان عطاء وأهل البادية أقرب اليه نسبا وسكنه المصر عقل عنه أهل الديوان من ذلك المصر ولم يشترط أن يكونوا بينه وبين أهل الديوان قرابة لان أهل الديوان هم الذين يذبون عن أهل المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم ولا يختصون بالنصرة أهل العطا فقط بل ينصرون أهل المصر كلهم وقيل اذا لم يكن قريبا له يعقلونه وانما يعقلونه اذا كانوا قريبا له وله في البادية أقرب منهم فسببان الوجوب بحكم القرابة وأهل المصر أقرب منهم بحكم ما فكانت القدرة على النصرة لهم وصار نظير مسئلة الغيبة المنقطعة في الانكاح ولو كان البدوي نازلا في المصر لا يمكن له فيه لا يعقله أهل المصر لان أهل العطاء لا ينصرون من لا يمكن له فيه كما أن أهل البادية لا يعقلون عن أهل المصر النازل فيهم لانهم لا ينتصرون بهم وان كان هل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فتقرر أحدهم قبيلا فديته على عاقلته بمنزلة المسلم لانهم التزموا أحكام الاسلام في المعاملات لا سيما في المعاني العائمة عن الاضرار ومعنى التناصر موجود في حقهم وان لم يكن بهم عاقلة معروفة فديته في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضي بها عليه كما في حق المسلم لما بينا أن الوجوب على القاتل وانما يتحول عنه الى العاقلة لان لو وجدت فاذا لم تكن العاداة بينهم ظاهرة أما اذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغي أن لا يعقل بعضهم بعضا وهذا عند أبي يوسف رحمه الله لانقطاع التناصر بينهم ولو كان القاتل من أهل الكوفة وله بها عطاء وحول ديوانه الى البصرة ثم رفع الى القاضي فانه يقضي بالدية على عاقلته من أهل البصرة وقال زفر رحمه الله يقضي على عاقلته من الكوفة وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله لان الموجب هو الجناية وقد تحققت وعاقلته أهل الكوفة فصار كما اذا حول بعد القضاء ولنا أن الدية انما تجب بالقضاء على ما ذكرنا لان الواجب هو المثل وبالقضاء ينتقل الى المال وكذا الوجوب على القاتل وبه يتصل عنه العاقلة فاذا كان كذلك يتصل عنه من يكون عاقلته عند القضاء بخلاف ما اذا حول بعد القضاء لان الوجوب قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة لانها تؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم اليهم أقرب القبائل في النسب لان في النقل ابطال الحكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المحملين فيما قضى به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الاول لا إبطاله وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يفرض عليه حتى استوطن البصرة قضى على أهل البصرة بالدية ولو كان قضى بها على أهل الكوفة لم تنتقل عنهم وكذا البدوي الحاطب بالديوان بعد القتل قبل قضاء القاضي يقضي بالدية على أهل الديوان وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا تتحول عنهم بخلاف ما اذا كان قوم من أهل البادية قضى عليهم بالدية في أموالهم في ثلاث سنين ثم جعلهم الامام في العطاء حيث تصير الدية في عطائهم ولو كان قضى بها في أول مرة لانه ليس نقض القضاء الاول لانه قضى بها في أموالهم وعطاؤهم أموالهم غير أن الدية تقضى

(قوله وقيل اذا كانوا قريبا له الخ) قال لانتفاء العلم أن المشايخ اختلفوا في هذه المسئلة فبعضهم لم يشترط أن يكون الجاني قريبا لاهل الديوان بل قالوا عقل عنه سواء كان قريبا لهم أو لم يكن لانه اذا كان بين ظهرانيهم صار كالعدو والحليف لهم وبعضهم اشترطوا ذلك وقالوا عقل عنه اذا كان قريبا لهم وهو الاصح (قوله وانما يعقلون اذا كانوا قريبا له) وهو اصح اه اتقاني (قوله كما في حق المسلم) وهذا في حق الذمي أما المسلم اذا حجى ولم يكن له عاقلة فعاقلته بيت المال وهو الظاهر وعن أبي حنيفة أنه يجب في مال الجاني كما قاله الاتقاني ويجيء في الصفحة الآتية اه (قوله يقضي بالدية في ماله) وانما أطلق القتل ليشمل العمد والخطأ لان الدية تجب في ماله سواء كان القتل عمدا أو خطأ لان العاقلة لا تعقل جناية وقعت في دار الحرب وبه صرح الكرخي في مختصره في كتاب السير اه اتقاني (قوله لكن حصة القاتل الخ) يتعلق بقوله بخلاف ما اذا حول بعد القضاء اه

من أيسر الاموال أداء والاداء من العطاء أيسر اذا صار وامن أهل العطاء الا اذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضى به عليهم بأن كان انقضاء الابل والعطاء دراهم فحينئذ لا يتحول الى الدراهم أبدا لما فيه من ابطال القضاء الاول لكن يقضى بالابل من مال العطاء أن يشترى به لانه أيسر قال علماؤنا رحمهم الله ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال اذا كان القاتل مسلما لان جماعة المسلمين هم أعل نصرته وليس بعضهم أخص من بعض بذلك ولهذا اذا مات كان ميراثه لبيت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال وعن أبي حنيفة رضي الله عنه رواية شاذة أنها تجب في ماله ووجهها أن الاصل أن الدية تجب على الجاني وهو القاتل لانه بدل المتلف وانما تتلف منه الا أن العاقلة تحملها تحقيقا للتخفيف على ما عرف فاذا لم يكن له عاقلة عاد الحكم الى الاصل وان الملاعنة بعقلها عاقلة أمه لان نسبه ثابت منها دون الاب فاذا عقلوا عنه ثم ادعاه الاب بعد ما مضت على عاقلة الاب في ثلاث سنين من يوم قضى لهم بالرجوع عليهم لانه تبين أن الدية كانت واجبة عليهم لان بالاكذاب ظهر أن النسب كان ثابتا من الاب حيث بطل اللعان بالاكذاب ومتى ظهر أن النسب كان ثابتا نسبه من الاصل فقوم الام تحملوا ما كان واجبا على قوم الاب فيرجعون بما عليهم لانهم مضطرون في ذلك وكذا اذا مات المكاتب عن وفاء وله ولد من حر ثم عجز فرد في الكتابة حتى أدى بنجومه عقل عنه قوم أمه ثم ثبت الكتابة ترجع عاقلة الام على عاقلة الاب لانه عند أداء مدل الكتابة يتحول ولاؤه الى قوم الاب فيرجعون عليهم وكذلك رجل أمر صبيا بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الآمر ان كان الامر ثبت باليمنة وفي حال الآمر ان كان ثبت باقراره في ثلاث سنين من يوم يقضى بها على الآمر أو على عاقلته لان الدية تجب مؤجلة بطريق التيسير عليهم فكذا الرجوع بها تحقيقا للعاقلة ثم مسائل المعاقل من هذا الجنس كثيرة وأجودها ما تختلفه والضابط الذي يرد كل جنس الى أصله أن يقال ان حال القاتل ان تبدل حكم السبب حادث فانتقل من ولاء الى ولاء لم تنتقل جنايته عن الاولى فمتى ما أولم يقض وذلك كأولاد المولود بين حر وعبدة اذا جنى ثم أعتق الاب يجر ولاء الولد الى قومه ولا تتحول الجناية عن عاقلة الام فمتى ما أولم يقض وكذا لو حفر هذا الغلام بئرا ثم أعتق أبوه ثم وقع فيها انسان يقضى بالدية على عاقلة الام لان العبرة حالة الحفر ألا ترى أن العبد لو حفر بئرا في الطريق فباعه مولاه ثم وقع فيها انسان كان الضمان على البائع ولو أعتقه مولاه بعد الحفر ولم يبعه ثم وقع فيها انسان كان الضمان على المولى لما ذكرنا ومن نظائره حربي أسلم وولى رجلا في جنايته ثم أعتق أبوه جر ولاءه لان ولاء العتاقة أقوى وجنايته على عاقلة من ولاه لان العبرة وقت الجناية وتحول الولاء بسبب حادث فلا يعتبر في حق تلك الجناية فلا يتبدل ولا يتبدل حال القاتل ولكن ظهرت حالة خفية فيه تحولت الجناية الى أخرى وقع لتلك الجناية ولم يقع وذلك مثل ما قلنا ان الملاعنة وولد المكاتب اذا مات المكاتب عن وفاء وأم الرجل أصبي جناية ولم يتبدل حال الجاني ولم تظهر فيه الحالة الخفية ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك وقت القضاء لا لغيره فان قضى بها على الاولى لم تنتقل الى الثانية والا قضى بها على الثانية وذلك لان المحل أن يكون من ديوان أهل الكوفة ثم جعل من ديوان أهل البصرة وان لم يكن فيه شيء مما ذكرنا ولكن لحق العاقلة زيادة أو نقصان شتر كوافي حكم الجناية قبل القضاء وبعده الا فيما سبق أداؤه نحن أحكم هذا الاصل ونتأمل فيه أمكنه تخريج المسائل وردكل واقعة من النظائر والاضداد الى أصلها والله الهادي الى الرشاد وهو الموفق للعباد وبشرح صدورهم للسداد

﴿كتاب الوصايا﴾

الايصاء لغة طلب شيء من غيره ليفعله على غيبة منه حال حياته وبعد وفاته وفي الشرع ما ذكر في

(قوله قضى بها أولم يقض) لانه انما يصير مولى لقوم أبيه عند عتق أبيه لانه انما صار الاب من أهل الولاء يوم عتق وجناية قد تقدمت على هذه الحالة فلا يستتبع الا مر مما على قوم الاب ولم يكن مولى لهم وقت الجناية اه غاية

﴿كتاب الوصايا﴾

(قوله ولا يرثني) أي بالفرض والا فله عصبة كثيرة اه (قوله قلت فالشطر) الشطر منصوب بنزع الخافض أي أعطاني بالشطر وفي بعض النسخ مضبوط بالجر ولا اشكال (١٨٣) فيه اذ هو الظاهر اه (قوله قال الثلث) قال النووي يجوز رفع الثلث ونصبه فالرفع على أنه فاعل مي يكفيك الثلث أو على انه مبتدأ محذوف الخبر وتركه والنصب على الاغراء أو على تقدير أعط الثلث اه (قوله أن تذر) مبتدأ وخير خبره والجملة خبر ان من انك فالتقدير تركك أولادك أغنياء خير اه (قوله بخلاف النسيب) أي كالي حافر البئر وواضع الطرق غير ملكه اه غاية (قوله فلا وصية لوارث) مقتضى اطلاقه وعبارته في المتن ومذكر الشارح من العلة أن الوصية لا تصح للوارث بالثلث ولا بغيره وقول الشارح رحمه الله في آخر المقالة الى قبل هذه ولان حق الورثة تعلق بماله الخ صريح فيما قلناه من عدم الصحة بالثلث وبغيره وقد قال نور الحي رحمه الله في فتاواه ما نصه لا تجوز الوصية بما كثر من الثلث الا أن تجيز ورثة الميت بعد مرته أما عدم الجواز عند عدم اجازة الورثة فلما روى عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه أنه قال يا رسول الله أوصي بمالي كله قال لا قال بنصفه قال لا قال بثلثه قال الثلث والثلث كثير أما الجواز عند اجازة الورثة بعد الموت فلان المنع كان لحقهم وقد أسقطوا حقهم فزول المنع وكذلك لو أوصى لوارثه وان قل لم يجز الا أن يجيز أصحابه بعد موت الموصي أما عدم الجواز عند عدم الاجازة لقوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث وأما الجواز عند الاجازة فلما قلنا اه

لاخيه

لمختصر فقال (وصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت) يعني بطريق التبرع سواء كان عينا أو منفعة قال رحمه الله (وهي مستحبة) اي الوصية مستحبة عند اذا لم يكن عليه حق مستحق لله تعالى فان كان عليه حق مستحق لله كالزكاة والصيام أو للعبد أو الصلاة التي فرط فيها فهي واجبة والقياس بأبي جوازها لانها تمليك مضاف الى حال زوال الملك ولو أضافه الى حال قيامه بان قال ملكتك غدا كان باطلا فهذا أولى الا أن الشارع أجاز هذا لحاجة الناس الهلاك الانسان مغرور بأمله مقصر في عمله فاذا عرض له عارض وخاف الهلاك يحتاج الى تلافي ما فاته من التقصير بعمله على وجه لو تحقق ما كان يخافه يحصل مقصوده المالي ولو اتسع الوقت وأحوجه الى الانتفاع به صرفه الى حاجته الحالي فشرعها الشارع تمكينا منه جل وعلا من العمل لصالح وقضاء لحاجته عند احتياجه الى تحصيل المصالح ومثله الاجارة لا تجوز فيما لم ينم من اضافة تمليك المنافع الى ما يستقبل من الزمان وأجازها الشارع لضرورة وقد يبقى الملك بعد الموت باعتبار الحاجة كما بقي في قدر التجهيز والدين وقد نطق بها الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين والسنة وهو قوله صلى الله عليه وسلم ان الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم وعليه اجماع الامة ثم تصح الوصية لاجنبي بالثلث من غير اجازة الوارث ولا تجوز بما زاد على الثلث لما روى عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه أنه قال جاءني رسولنا . صلى الله عليه وسلم يعودني من وجع اشتد بي فقلت يا رسول الله قد بلغ بي من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني الا ابنة لي أفأتصدق بثلثي مالي قال لا فقلت فالشطر يا رسول الله قال لا فقلت فالثلث قال الثلث والثلث كثير أو كبير انك أن تذر ورثتك أغنياء خير لك من أن تدعهم عالة تكففون الناس ولان حق الورثة تعلق بماله لانعقاد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال الا أن الشرع لم يظهره في حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره وأظهره في حق الورثة لان الظاهر أنه لا يقصد بقية عليهم تحرجا عما يتفضي لهم من التأذي بالايثار وقد جاء في الحديث أنه عليه الصلاة والسلام قال الحيف في الوصية من أكبر الكبائر وهو اسم يرد به الزيادة على الثلث وبالوصية للورثة قال رحمه الله (ولا تصح بما زاد على الثلث ولا اقاله ورثته ان لم تجز الورثة) أما الاول فلما بينا وأما الثاني فلقوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لقاتل وهو باطلاقه يتناول القاتل مباشرة بعدا كان أو خطأ بخلاف التسبب لان التسبب ليس بقتل حقيقة فلا يتناوله ولانه استعجل ما أخره الله فصار الوصية كالميراث سواء أوصى له قبل القتل ثم قتله أو أوصى له بعد الجرح لاطلاق ما رويناه وأما الثالث فلقوله عليه الصلاة والسلام ان الله تعالى أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث ولان البعض يتأذى بايثار البعض ففي تجويزه قطيعة الرحم ولانه حيف بالحديث الذي رويناه ويعتبر كونه وارثا أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لانه تمليك مضاف الى ما بعد الموت فيعتبر وقت التمليك حتى لو أوصى لاخيه وهو وارث ثم ولد له ابن صحت الوصية فلا خ وعكسه لو أوصى لاخيه وله ابن ثم مات الابن قبل موت الموصي بطلت الوصية للاخ لما ذكرنا والهبة والصدقة من المريض لوارثه في هذا نظير الوصية لانه وصية حكما حتى يعتبر من الثلث واقرار المريض الوارث على عكسه فيعتبر كونه وارثا أو غير وارث عند الاقرار لانه تصرف في الحال فيعتبر حاله في ذلك الوقت حتى لو أقر لشخص وهو ليس بوارث له جاز الاقرار وان صار وارثا له بعد ذلك ولكن شرطه أن يكون وارثا بسبب حادث بعد الاقرار حتى لو أقر لابنه وهو عبد ثم أعتق قبل موت الاب جاز اقراره لان ارثه بسبب حادث بعد الاقرار وهو الحرية ولان اقراره لمولاه لو هو أجنبي عنه وكذا لو أقر لاجنبية ثم تزوجها لا يبطل اقراره لها وأما اذا ورث بسبب قائم عند الاقرار لا يصح كما لو أقر

لاخيه المحجوب بأنه ثمن ملك ابنه وقوله ان لم تجز الورثة راجع الى الثلاثة المذكورة الوصية بجاز ادعى الثلث وللقائل بالوارث لان الامتناع في الكل لحقهم فتجوز باجازتهم الا ترى الى ما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما انه عليه الصلاة والسلام قال لا تجوز وصية لوارث الا أن تنشأ الورثة وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه عليه الصلاة والسلام قال لا وصية لوارث الا أن يجيزها الورثة ويشترط أن يكون المجيزين أهل التبرع بأن يكونوا بالغا عاقلا وان أجاز البعض دون البعض تجوز على المجيز بقدر حصته دون غيره ولو اتنه على نفسه لا على غيره ولا معتبر باجازتهم في حال حياته لانها قابل ثبوت الحق اذ الحق يثبت لهم بالموت فكان لهم أن يرجعوا عن الاجازة بعد موت الموصي ويردوا تلك الاجازة ثم وقعت ساقطة لعدم مصادفتها المحل وكل ساقط في نفسه مخجل متلاش فكذا لهم أن يرتدوا بعد موت المورث ولا يقال كيف تكون تلك الاجازة ساقطة مع ثبوت حق الورثة في ماله من أول ما مرض بدليل منعه من التصرف فحقهم لكن ذلك الثبوت على سبيل التوقف فاذا مات ظهر أن حقهم كان ثابتا من أول المرض وأن الاجازة صادفت محلها لاستناد حقهم الى أول المرض فصار كاجازتهم بعد موته لا نقول الاستناد انما يظهر في حق القائم فاجازتهم حين وقعت في حياته وقعت باطلة وما وقع باطلا لا يكون قائما بنفسه فلا يظهر في حقه الاستناد ولان حقيقة الملك للورثة تثبت عند الموت وقبله يثبت لهم مجردا حق فلو استند من كل وجه لانقلب الحق حقيقة قبل موته وهذا لا يتصور لوجود المانع وهو ملك الموت حقيقة فاذا لم يتصور تبين حقا على حاله لا حقيقة والرضا يبطلان ذلك الحق لا يكون رضا ببطلان حقيقة الملك الذي يحدث لهم بعد موته بخلاف ما اذا أجاز وها بعد موته حيث لا يكون لهم أن يرجعوا عنها لانها وقعت بعد ثبوت الملك حقيقة فتلزم ثم اذا صحت الاجازة بعد موته تملكه المجازله من قبل الموصي عند اناحي يجبر الوارث على التسليم ولو أعتق عبدا في مرضه ولا مال له غيره وأجازت الورثة العتق كان الولاء كله للميت ولو كان الوارث منزوجا بجارية المورث ولا مال له غيرها فأجازا وصى بها غيره فأجاز الوارث وهو الزوج الوصية لا يبطل نكاحه وقال الشافعي رحمه الله يملك الموصى له من جهة المجيز حتى لا يجبر على التسليم عنده ويكون له ثلثا الولاء في مسئلة العتق ويفسد النكاح لان الميت لا حق له الا في الثلث ولهذا لا تنفذ وصيته بما زاد على الثلث ويبطلها الوارث يكون الزائد على الثلث ملكا للوارث حقيقة فاذا أجاز صار ملكه له من جهته ضرورة ولأن الوصية صدرت من الموصي وصادفت ملكه حالا وما لا بان جمع ماله مملوكا له وقت الوصية وبعد الموت هو باق على حكم ملكه ولهذا يبدأ بحوائجه ولا يملك الوارث الامتناع عن حاجته كتجهيزه وقضاء دينه ولا يملك ممكنا من مشغولا بحاجته من ماله فاذا أوصى صار مشغولا بها لكن الورثة نقضها باسقاط ثلثي الثلث الذي فيه من ابطال حقهم فاذا أجازوا وصية ظهر أنه لم يكن منتقلا الى ملكهم وسقط حقهم ونفذ لعقد السابق كالمرتهن اذا أجاز بيع الراهن ولا يقال لو كان الوارث صرف ضاع اجازته بترمن ثلثه فدل على أنه تملك منه لانا نقول اسقاط الحق يعتبر من الثلث كخيار العتق والبيع الذي فيه محاباة وليس بتمليك من جهته فكذا هذا وثمرة الخلاف تظهر فيما ذكرناه في تملك الموصى له قبل القبض وعنده لا يملك وفي مشاع يحتمل القسمة حيث تجوز لا باجازته عنده وعندهما تجوز وقال أبو يوسف رحمه الله الوصية لا تقتل لزومها بالاجازة الورثة لان امتناعها للمحاباة وهي باقية وله حالا انما عطل حق الورثة لان نفع بطلانه يعود لهم كنفع بطلان الوصية للورثة ولانهم لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها لاحدهم قال رحمه الله (ووصى المسلم الذمي) أي يجوز أن يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم فالاول لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين الآية والثاني لانهم يعتقدون الذمة التقوا بالمسلمين في المعاملات، لهذا جاز التبرع المجوز

أجازوا وفي حق الذي لم يجز كأن كلهم لم يجيزوا وبيان ذلك اذا مات الرجل وترك ابنين وأوصى لرجل منهما بربع ماله ولم يجز الابن فللموصى له ثلث المال وللثلثين للابنين لكل واحد منهما ثلث المال ولو أجاز أحدهما جاز حتى الذي أجاز كأنهما أجازا ويعطي له ربع المال وفي حق الذي لم يجز كأنهما لم يجيزا يعطى له ثلث المال والباقي يكون للموصى له فيجعل المال على أثني عشر سهما جاز الى الثلث والربع فالربع للذي أجاز وهو ثلاثة أسهم والثلث الذي لم يجز وهو أربعة أسهم وبقي خمسة فهي للموصى له اه غاية (قوله لا يكون رضا ببطلان حقيقة الملك الخ) وقال محمد في الكتاب بلغنا ذلك عن ابن مسعود يعني اجازة الورثة للوصية قبل الموت ليست بشئ اه اتقاني (قوله حيث لا يكون لهم الخ) قال ابن أبي ليلى ليس لهم أن يرجعوا في الوجهين لان حقهم ثبت في مرض الموت فاذا مات تبين أنهم أسقطوا حقه بعد موته

(قوله لانهم من أهل الملك) أما وصية الحربي لمسلم أو ذمي بماله كله فذلك جائز وسيجيء بيانه في باب وصية الذمي وقال في مختصر الاشباه اذا أوصى المسلم للحربي لم تصح الوصية مع اختلاف الدار خلافا للشافعي لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم الآية ولان الوصية للحربي دفع الوصية اليهم تقوية لهم على حربنا وفي تكثيرها اليهم اضرار للمسلمين وصار كما لو أوصى بالسلاح وبالعبد المسلم ولان من لا تجوز له الوصية بالعبد المسلم لا تجوز له الوصية بالمال اهـ اتقاني وقال العيني في شرحه ولا تصح للحربي عندنا خلافا للثلاثة اهـ (قوله في المتن وقبولها بعد موته الخ) اعلم أن قبول الموصى له شرط (١٨٤) لافادة الملك للموصى له حتى لا يملك قبل القبول الا في مسئلة واحدة سيجيء بيانها بعد هذا اهـ اتقاني وكتب ما نصه قال الكرخي في مختصره قبول الموصى له ورده انما يكون بعد موت الموصي ولا يتقرر في رده ولا الى اجازته قبل الموت واذا قبل الموصى له بعد موت الموصي ملك ما أوصى له به اذا كان قدر الثلث فان لم يقبل بعد الموت فالوصية موقوفة على قبوله لا تصير في ملكه حتى يقبل وهي خارجة عن الموصى عونه ليست في ملك الوارث ولا في ملك الموصى له حتى يقبل أو يموت فيكون ما أوصى له لورثته من بعده وهو ما كقوله عند أصحاب أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وجعلوا ذلك بمنزلة البيع اذا كان فيه الخيار للمشتري دون البائع فملك المشتري في الثلاث فان البيع يتم وتكون السلعة موروثة عن المشتري الى هنا لفظه اهـ اتقاني (قوله الكاشح) الكاشح الذي يطوي كشحه وهو الخصر وقيل الكاشح الذي يضمر عداوته في كشحه والكشح ما بين الخاصرة الى الضلع وقيل الكاشح الذي أعرض وولاك كشحه وانما كانت الصدقة عليه أفضل لما فيه من مخالفة النفس وقهرها ولا كذلك في ذي الرحم الصديق اهـ كاكي (قوله وقيل الاولى) أي الصدقة على الاجنبي اهـ (قوله في المتن وملك بقبوله) قال الاتقاني ثم القبول كما في شرح الطحاوي على ضربين قبول بالصريح وقبول بالدليل فالصريح أن يقول بعد موت الموصي قبلت والدليل أن يموت الموصى له قبل القبول والرد بعد موت الموصي فيكون موته قبولا لوصيته ويكون ذلك ميراثا لورثته اهـ اتقاني

في حالة الحياة من الجانبين فكذا المضاف الى ما بعد الممات وفي الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية وقال في النهاية ذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية لهم ثم قال ووجه التوفيق أنه لا ينبغي أن يوصى لهم وان فعل ثبت الملك لهم لانهم من أهل الملك والمستأمن كالذمي في حق الوصية لانه لو أسلم حال حياته فكذا مضافا الى ما بعد مماته قال رحمه الله (وقبولها بعد موته وبطل رد ها وقبولها في حياته) أي قبول الوصية بعد موت الموصى لان أوان ثبوت حكمها بعد الموت فلا يعتبر قبوله ولا رده قبله كالا يعتبران قبل عقد الوصية فصار كما اذا قال لاجنبي أنت طالق على ألف درهم غدا فان ردها وقبولها قبل مجيء الغد باطل لما ذكرنا وقال زفر رحمه الله اذا رد الوصية في حال حياة الموصى لم يجز قبوله بعد موته لان اجابته كان في حياته وقد رده فبطل واطلقه عليه ما يدل قال رحمه الله (وندب النقص من الثلث) أي يستحب أن يوصي بأقل من الثلث سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء لان في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم بخلاف ما اذا استكمل الثلث لانه استوفى حقه على القائم فتفوته الصلة على القريب واليه أشار أبو بكر وعمر رضي الله عنهما بقولهما لأن يوصي بالخمس أحب اليّ من أن يوصي بالربع ولان يوصي بالربع أحب اليّ من أن يوصي بالثلث وترك الوصية أفضل اذا كانت الورثة فقراء لا يستغنون بما يرثون منه لما فيه من الصلة على القريب وقد قال عليه الصلاة والسلام أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح وقال عليه الصلاة والسلام أن تدع ورثتك أغنياء خير لك من أن تدعهم فقراء الحديث ولان فيه رعاية الجانبين الفقر والقرابة والوصية أقل من الثلث أولى من تركها اذا كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بماله لانه جمع بين الصدقة على الاجنبي والهبة من القريب وقيل الاولى أولى لانه ينتفي بها رضا الله تعالى وبالهبة رضاهم وقيل يتخيران كل واحد منهما يشتمل على فضيلة وهي الصدقة والصلة فكان له أن يفعل أحدهما أيهما شاء أو يجمع بينهما قال رحمه الله (وملك بقبوله) أي الموصى له يملك بالقبول وقال الشافعي وزفر رحمهما الله يملك بدون القبول لانها خلافة فلا يحتاج فيها الى القبول كالميراث ولنا أن الوصية اثبات ملك جديد ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه ولا يعامل أحد اثبات الملك لغيره بدون اختياره بخلاف الميراث لانها خلافة حتى تثبت هذه الاحكام فثبتت جبرا من الشارع من غير قبول ولانه علله وانه تثبت الملك بدون قبوله لتضرر به بأن أوصى له بعبد أعمى أو دنان مكسرة أو بزبل مجتمع في داره فانه يجب عليه نقلة العبد ونقل المكسر والزبل تقرير لملك الغير عن ملكه قال رحمه الله (الا أن يموت الموصى له بعد موت الموصي قبل قبوله فانه يملكه بدون القبول) وهذا استحسان والقياس أن تبطل الوصية لما بينا أن أحدا لا يقدر على اثبات الملك بدون اختياره فصار كموت المشتري قبل القبول بعد اعجاب البائع وجه الاستحسان أن الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته فما لا يلحقه الفسخ من جهته وانما توقف لحق الموصى له فاذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري أو البائع ثم مات من له الخيار قبل

قبل الاجازة وكذا اذا أوصى للجنين يدخل فى ما لكه من غير قبول استحسانا لعدم من يلى عليه حتى يقبل عنه قال رحمه الله (ولا تصح وصية المديون ان كان الدين محيطا بماله) لان الدين مقدم على الوصية لانه أهم لكونه فرضا والوصية نفلا والواجب ان يتم والواجب ان كان فرضا لكن حق العبد مقدم وحق الشارع من الصلاة وغيره يسقط بالموت على ما عرف فى موضعه فتكون الوصية به كالتبرع وقال على رضى الله عنه انكم تقرؤن الوصية قبل الدين وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبدأ بالدين قال رحمه الله (والمراد) وقال الشافعى رحمه الله تصح وصية الصبى اذا كان فى وجوه الخير لان عمر رضى الله تعالى عنه أجاز وصية يافع وهو الذى راهق الحلم ولان فيه نظرا له بتحصيل التقرب الى الله تعالى ولو لم ينفذ بقى ملكا للغير ولا نظر له فيه وهذا لان الملح من التبرع حال حياته لانظر له حتى ينفع بماله وبعد الموت بخلافه بالنظر فتنفذ لان الوصية أخت الميراث والصبى فى الارث كمن بعد موته كالبالغ فكذا فى الوصية ولما أنها تبرع فلا تصح كالهبة والصدقة وهذا لان اعتبار عقله فى النفع والضر باعتبار أوضاع التصرفات لا باعتبار ما يتفق بحكم الحال ألا ترى أن طلاقه لا يقع وان قصد نفعا فى بعض الاحوال ولان قوله غير ملزم وتصحيح وصيته يؤدى الى القول بان قوله ملزم والاثر محمول على أنه كان قريب العهد بالبلوغ فسمى بالغا مجازا ولهذا لم يستحسن عمر رضى الله عنه أن وصيته كانت فى الغرب أو غيره اهـ وعتمل أن وصيته كانت فى تجهيزه وذلك جائز عندنا وهو يحرز الثواب بالتبرع على ورثته فلا يتمين فيها النفع وكذا اذا أوصى ثم مات بعد الارتداد لم تجز تلك الوصية لعدم الاهلية وقت المباشرة وكذلك اذا قال اذا أدركت فثلث مالى لفلان وصية لانه ليس بأهل للقول ملزم فلا يملكه تعيرا ولا تعليقا كالى الطلاق والعتاق بخلاف العبد والمكاتب لان أهليتهما كاملة وانما امتناعهما لحق المولى فتصح اضافتهما الى حال سقوط حق المولى بان يقول كل واحد منهما ان أعتقت فثلث مالى وصية لفلان ولم أسم كان (قال رحمه الله (والمكاتب) أى لا تصح وصية المكاتب لان الوصية تبرع والمولى من أهله ثم اعلم أن وصية المكاتب ثلاثة أقسام قسم باطل بالاجماع وهو الوصية بعين من أعيان ماله لانه لا ملك له حقيقة فلا تصح كمن أوصى بعتق عبد غيره ثم ملكه ولو أجازها بعد العتق جازت على أن الاجازة اثبات الوصية لان الوصية تصح بلفظة الاجازة بخلاف ما اذا أعتق عبده ثم أجاز العتق بعد الحرية حيث لا يجوز لان العتق لا يحتمل لفظة الاجازة وقسم يجوز بالاجماع وهو ما اذا أضاف الوصية الى ما ملكه بعد العتق بان قال اذا أعتقت فثلث مالى وصية لفلان أو وصيت بثلث مالى له حتى لو عتق قبل الموت باداء بدل الكتابة أو غيره ثم مات كان للموصى له ثلث ماله وان لم يعتق حى مات عن وفاء بطلت الوصية لان الملك له حقيقة لم يوجد اذ لم تثبت الحرية له فى حال حيه لانه مطلقا وانما تثبت بطريق الضرورة ولا ظهر فى حق نفاذ الوصية وقسم مختلف فيه وهو ما اذا قال وصيت بثلث مالى لفلان ثم عتق فوصيته باطلة عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما جائزة وهذا بناء على أن المكاتب قوى ملك حقيق وهو ما بعد العتق ومجازى وهو ما قبل العتق فعند أبى حنيفة رحمه الله ينصرف الى المجازى لانه هو الظاهر لان الظاهر بقاء ما كان على ما كان والآخر ليس بموجود والظاهر يقاؤه على العدم فلا ينصرف اليه الا بدليل وعندهما ينصرف الى الحقيقى وهو ما ملكه بعد الحرية المطلقة لانه المقابل لهذا الحكم وهو الوصية صحيحا لتصرفه أو بتناول الوجهين فتصح فيما يقبل ولا تصح فيما لا يقبل كما اذا قال الحر كل عبد اشتريه فهو حر ينصرف الى ما يشتريه لنفسه ولغيره فيعتق ما يشتريه لنفسه ولا يعتق الآخر وتفصل به اليمين حتى اذا اشتراه بعد ذلك لا يعتق هكذا ذكر المسئلة فى شرح الزيادات قال العبد الفقير الى الله تعالى ينبغى أن تكون هذه المسئلة مثل مسئلة اليمين المذكورة فى باب الحنث فى ملك المكاتب والمأذون من أعيان الجامع الكبير وهى ما اذا قال أحدهما اذا أعتقت فكل مملوك أملكه فهو حر يصح ويعتق اذا ملك عبدا بعد العتق ولو قال كل مملوك أملكه فهو حر لا عتق

يقول الخ) متعلق بقوله بخلاف العبد والمكاتب اهـ

(قوله وهذا ظاهر مما مر) لا تناقض لان وضع الوصية للاستقبال فلا حاجة الى ذكره اه (قوله في المتن وتصح الوصية للحمل وبه ان ولدت الخ) هذا اذا كان زوج الحامل حيا فان كان ميتا فانما تشترط ان تأتي به لاقل من سنتين وهو بي وان أتت به ميتا لا تجوز الوصية لانها انما أتت به حيا لاقل من سنتين بثبت به وجوده وقت الوصية حكما لاثبات النسب من الزوج لان النسب انما يثبت باعتبار العلوق قبل الموت لا باعتبار العلوق الحادث بعد الموت فلما حكمنا بثبوت النسب من الزوج فقد حكمنا بوجوده يوم موت الموصي لان الموصي مات بعد الزوج بخلاف ما لو كان الزوج حيا ولدت لستة أشهر من يوم موت الموصي لا تصح الوصية لان الوطء اذا كان حلالا والزوج ممتكن من الوطء فانما يحمل العلوق الى أقرب الاوقات فاذا أحيل بالعلوق الى أقرب الاوقات لا يتيقن بوجود الحمل يوم موت الموصي الا اذا أتت به لاقل من ستة أشهر فأما اذا كان الزوج ميتا فانه يحال بالعلوق الى أبعد الاوقات حملا لامرها على الصلاح اه محيط (قوله وكذا لو أوصى بسويق) في الهداية جعل هذا تظير فعل يوجب زيادة في الموصى به وجعل في الكفاية هذا نظير الخلط بغيره اه (قوله وذبح الشاة الموصى بها استهلاك) فيه تظر اذ الغاصب لا يملك الشاة بالذبح فقط وجعل في الكفاية من أنواع الرجوع دلالة ما اذا نقص الموصى الموصى به حتى خرج عن هيئة الادخار والبقاء فتبطل

تملك عبد لا يعتق لان قوله مملوكه يتناول الحال وهو غير قابل له ولو قال كل مملوك أملكه فيما استقبل هو صحيح يعتق عند هما بعد موته بعد تعتق لا ينصرف الى ملك قائم له وهو ما بعد الحرية ولا يعتق عند ابي حنيفة رحمه الله لانه ينصرف الى الحال اظهر وهو قبل العتق كما اذا قال للمنكوحة نكاحا فاسدا ان طلقتك فعبدي حر ينصرف الى الطلاق في هذا النكاح الفاسد لانه هو الظاهر بجعل الخلاف في هذه المسئلة فيما اذا قال فكل مملوك أملكه فيما استقبل وفي مسئلة الوصية جعله من غير ذكر الاستقبال وهذا ظاهر متناقض ويحتمل أن يكون لكل واحد منهم روايتان في المسئلتين والاقا فرق بينهما من حيث الوضع وكيف يختلفان في الجواب قال رحمه الله (وتصح الوصية للحمل وبه ان ولدت لاقل من ستة من وقت الوصية) أما الاول فلان الوصية استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة في بعض ماله والجنين يصلح خليفة في الارث فكذا في الوصية اذ هي أخت غير أنها تزداد بالقبول فيما فيها من معنى التمليك بخلاف الهبة لانها تمليك محض ولا ولاية لاحد عليه حتى يملكه شيأ ولا يقال الوصية شرطها القبول والجنين ليس من أهله فكيف تصح لانا نقول الوصية تشبه الهبة وتشبه الميراث فلشبهها بالهبة يشترط القبول اذا أمكن ولشبهها بالميراث يسقط اذا لم يمكن عملا بالشبهين ولهذا اسقط بموت الموصى له قبل القبول وأما الثاني وهو ما اذا أوصى بالحمل فلانه يجري فيه الارث فتجري فيه الوصية أيضا لما أنها أخته ثم شرط في الهداية أن يولد لاقل من ستة أشهر فيه ما مثل ما ذكر في هذا المختصر وقال في النهاية لتجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة أشهر أي من وقت موت الموصى لان من وقت الموت الى وقت التفصيل وذكر في الكافي ما يدل على أنها ان أوصى له باعتبار من وقت الوصية وان أوصى به باعتبار من وقت الموت قال رحمه الله (ولا تصح الهبة له) أي للحمل لان الهبة من شرطها القبول والقبض ولا تصور لذلك من الجنين ولا يلي عليه أحد حتى يقبض عنه فصار كالبيع قال رحمه الله (وان أوصى بأمة الا حملها صحت الوصية والاستثناء) لان الحمل لا يتناوله اسم الجارية لغة فلا يستحق بالاطلاق تبعا فاذا أفرد الام بالوصية صح إفراده ولان الحمل يجوز افراده بالوصية فكذا استثناؤه منها لان كل ما جاز ايراد العقد عليه جاز اخراجه من العقد على ما مر في البيوع ويكون الاستثناء منقطعا بمعنى لكن اذ لم يدخل تحت اللفظ قال رحمه الله (وله الرجوع عن الوصية قولا وفعلا بان باع أو وهب أو قطع الثوب أو ذبح الشاة) لان الوصية تبرع فجاز الرجوع عنها مطلقا كما في الهبة قبل القبض ولان قبول الوصية بعد الموت فجاز الرجوع عنها قبل القبول كما في سائر العقود كالبيع وغيره ثم الرجوع قد يثبت صريحا بان يقول رجعت عن الوصية وهو المراد بقوله وله الرجوع عن الوصية قولا وقد يثبت دلالة بان يفعل بالشيء الموصى به فعلا يدل على الرجوع وهو المراد بقوله وفعلا بان باع أو وهب أو قطع الثوب أو ذبح الشاة وتقريره البيع بخيار الشرط أو الشراء به فان الفسخ أو الاجازة تكون بالصريح وبالدلالة ثم الاصل فيه أن كل فعل لو فعله الانسان في ملك غيره بغير اذن مالكه ينقطع به حق المالك فاذا فعله الموصى بالعين الموصى بها كان رجوعا كما اذا اتخذ الحديد سيفا أو الصفر آنية لانه لما لم يؤثر في قطع ملك المالك فلان يؤثر في المنع أولى وكذا كل فعل يوجب زيادة في الموصى به ولا يمكن تسليمها الا به فهو رجوع اذا فعله فيه وكذا كل تصرف أو جب زوال الملك فهو رجوع وكذا اذا خلطه بغيره بحيث لا يمكن تمييزه فانه تثبت هذه الفعول اذا أوصى بثوب ثم قطعه وخاطه أو بقطن ثم غزله أو بغزل فنسجه ينقطع به حق المالك اذ لو حدث ذلك من الغاصب فتبطل به الوصية لانه تبدل اسمه وصار عينا آخر غير الموصى به وكذا لو أوصى بسويق فلته بسمن أو بالعكس أو بدارفيق فيها أو بقطن فحشاه أو ببطانة فبطن بها أو بظهارة فظهر بها بطلت الوصية لانه لا يمكن تسليم الموصى به وحده لما اختلطا بغيره وكذا لو باع العين الموصى بها أو وهبها بطلت الوصية لزوال ملكه عنه حتى لو ملكها بالشراء أو بالرجوع عن الهبة لا تعود الوصية وذبح الشاة الموصى بها استهلاك

فلهم الموت ومثل له بذبح الشاة وقال الاقطع ألا ترى ان المالك في الوصية يقع بالموت والشاة المذبوحة لا تبقى الى ذلك الوقت

تبطل به الوصية بخلاف تجصيص الدار الموصى بها وهدمها ثم اعمال الثوب الموصى به حيث لا يكون رجوعا لانه تصرف في التبع ومن أراد أن يعطي ثوبه غيره يفعل عادة فكان تقريرا معنى ولو أوصى لرجل ثم قال لم أوص له لم يكن رجوعا ولو قال اشهدوا أني لا أوصي له فهو رجوع وكذلك لو وكل وكيلا ببيع عبده ثم قال اشهدوا اني لم أوكله فهو كذب وهو وكيل وان قال اشهدوا أني لا أوكله ببيع العبد فهو عزل اه أجناس في الغصب اه (قوله وبخلاف ما اذا أوصى بعين الآخر في السلم) وبخلاف ما اذا أوصى بالكفر ثم فصر رطبا حيث تبطل الوصية للتبدل وكذا اذا أوصى ببيض فصار فرخا ولو كان التغير في هذه المسائل بعد موت الموصي لا تبطل الوصية سواء كان قبل القبول أو بعده قال رحمه الله (وبالجحود لا يكون رجوعا) كذا ذكره محمد رحمه الله في الجامع الكبير وذكر في المبسوط أنه رجوع قيل ما ذكر في المبسوط محمول على أن الرجوع كان في حضرة الموصى له وما ذكر في الجامع محمول على أن الرجوع في غيبته ومنهم من قال ما ذكر في الجامع قول محمد رحمه الله وما ذكر في المبسوط قول أبي يوسف رحمه الله وصاحب الهداية منهم وهو الصحيح لابي يوسف رحمه الله أن الجحود نفي في الماضي والحال فكان أقوى من الرجوع اذ هو نفي في الحال فقط فكان أولى أن يكون رجوعا ولهذا كان جحود التوكيل عزلا وجحود المتبايعين البيع اقالة ولمحمد رحمه الله تعالى أن الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك واذا كان ثابتا في الماضي كان ثابتا في الحال فكان الجحود لغوا ولان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي فيهما لان حقيقته نفي في الماضي ويلزم منه الانتفاء في الحال ان كان صادقا فلا يكون أحدهما أخص من الآخر مع اختلاف حقيقتهما ولهذا لا يكون جحود النكاح طلاقا ولو قال كل وصية أوصيت بها للفلان فهو حرام أو بالا يكون رجوعا لان الوصف يستدعي بقاء الاصل بخلاف ما اذا قال فهي باطلة لانه الذاهب المتلاشي ولو قال أخرتها لا يكون رجوعا لان التأخير ليس للسقوط كتأخير الدين بخلاف ما اذا قال تركت لانه اسقاط ولو قال العبد الذي أوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا لان اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف ما اذا أوصى به لرجل ثم أوصى به لآخر لان المحل يحتمل الشركة والمحفظ صالح لها وكذا اذا قال فهو لفلان وان يكون رجوعا عن الاول ويكون وصية للوارث وحكمه أنه يجوز ان اجازته الورثة ولو كان فلان الآخر ميتا حين أوصى فالوصية الاولى على حالها لان الوصية الاولى انما تبطل بشرط كونها للثاني ولم تكن بقي الاول على حاله ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل موت الموصي فهو للورثة لبطلان الوصيتين الاولى بالرجوع والثانية بالموت والله اعلم

﴿باب الوصية بثلث المال﴾

قال رحمه الله (أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فثلثه لهما) أي ذا لم تجز الورثة الوصيتين كان الثلث بينهما لان ثلث المال يضيق عن حقهما اذ لا يزاد عليه عند عدم الاجازة وقد تساويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون الثلث بينهما نصفين لاستواء حقهما وهو معنى قوله في الرجوع عن الاولى بخلاف ما اذا قال لعبدي الذي أوصيت به لفلان فهو لفلان حيث يكون العبد كله للثاني لوجود دليل على الرجوع عن الاولى وهو ما قال رحمه الله (وان أوصى لآخر بسدس ماله فالثلث بينهما أثلاثا) معناه مع الوصية الاولى وهي الوصية بثلث ماله لان كل واحد منهما يستحق بسبب صحيح شرعا وضاق الثلث عن حقهما اذ لا مزيد للوصية على الثلث فيقتسمان الثلث على قدر حقيهما فيجعل السدس سهما لانه الاقل فصار ثلاثة أسهم لصاحب السدس سهم ولصاحب الثلث سهمان وقوله رحمه الله وان أوصى لاحدهما بجميع ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز فثلثه بينهما نصفان)

والمضاربة اه فانه قال في الجمع أو بكل وثلث فالكل مقسوم أسداسا مع الاجارة والثلث مع عدمها نصفين وقالا أرباعا فيهما اه (قوله في المتن فثلثه بينهما نصفان) قال في الصغرى اذا لم تجز الورثة يقسم الثلث عنده نصفين لان الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب

(قوله في المتن ولم تجز) قيد بعدم اجازة الورثة لانه اذا أجاز الورثة يكون لصاحب الجميع خمسة ولصاحب الثلث سهم واحد عند أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف ومحمد لصاحب الجميع ثلاثة أرباعه ولصاحب الثلث ربعه والاصل في جنس هذه المسائل أن القسمة عند أبي حنيفة عند اجتماع الوصايا في العين بطريق المنازعة وعند أبي يوسف ومحمد بطريق العول

الاباالثلث فصار اسواء وان أجازت الورثة قال في الايضاح ليس عن أبي حنيفة في هذا نص واختلفوا في قياس قوله عند اجازة الورثة فقال أبو يوسف يقسم المال بينهما أسداسا بطريق المنازعة خمسة أسداسه لصاحب الجميع والسدس لصاحب الثلث ووجهه أن نقول لا منازعة لصاحب الثلث فيما زاد على الثلث فيدفع الثلثان الى صاحب الجميع بلا منازعة واستوت منازعتهما في الثلث فيكون بينهما نصفان نصيب صاحب الثلث لسدس وصاحب الجميع خمسة أسداسه وقال الحسن بن زياد قوله أبو يوسف قبيح فانه يؤدي الى عدم الاجازة نصف الثلث والآن كذلك لان السدس نصف الثلث بل يجب للموصى له بالثلث ربع المال والموصى له بالجميع ثلاثة أرباعه ووجهه أنه يقسم الثلث أولا بينهما الان الاجازة في قدر الثلث ساقطة المعبرة ثم يقسم الثلثان فنقول أصل المسئلة من ثلاثة لما جئنا الى الثلث ثم الثلث وهو سهم واحد يقسم بينهما نصفان أولا لاستوائهما فيه فانكسر بالنصف فضربنا مخرج النصف في أصل المسئلة ثلاثة فصارت ستة وصار الثلث سهمين بينهما نصفين لكل واحد سهم وبقي أربعة أسهم فصاحب الجميع يدعي كله وصاحب الثلث يدعي سهما واحدا بالمعبر (١٨٨) مع السهم المأخوذ ذلك جميع المال فسلم للموصى له بالكل ثلاثة أسهم وقد استوت منازعتهما في السهم الآخر فينتصف فصل للموصى له بالثلث سهم ونصف وللموصى له بالكل أربعة ونصف ولما انكسر بالنصف ضربنا مخرج النصف اثنين في أصل المسئلة ستة فصيرانثى عشر فصيرحق كل واحد ضعفها كان وقد كان للموصى له بالكل أربعة ونصفان ضعفناه فصار تسعة وهي ثلاثة أرباع جميع المال وقد كان للموصى له بالثلث سهم ونصف ضعفناه فصار ثلاثة وهي ربع جميع المال أو تقول اذا صار المال اثنى عشر يقسم الثلث أولا بينهما نصفين لكل واحد سهمان بقي الثلثان فمنابة أسهم صاحب الجميع يدعي جميعه وصاحب الثلث لا يدعي الا سهمين فانه يقول حقي في الثلث وذلك أربعة وقد وصل الى سهمان بقي حقي في سهمين فلا منازعة له فيما وراء السهمين وذلك ستة معطى للموصى له بالجميع بلا منازعة وبقي سهمان استوت منازعتهما فيه فيقسم بينهما نصفين فيصيب كل واحد سهم فصار للموصى له بالثلث ثلاثة أسهم من اثنى عشر وهو ربع المال فأفادت الاجازة في حق صاحب الثلث فعلى هذا قوله في المسئلة كقولهما لكن التخريج مختلف عنده بطريق المنازعة وعندهما بطريق العول ووجه تخريجهما أن نقول اجتمع هنا وصية بالكل ووصية بالثلث فجعلنا أصل المسئلة من ثلاثة لما جئنا الى الثلث فالموصى له بالجميع يدعي كله ثلاثة والموصى له بالثلث يدعي ثلثيها فتعول الى أربعة ربعه وهو سهم لصاحب الثلث وثلاثة أرباعه ثلاثة أسهم لصاحب الجميع اه منه (قوله وهذا ينتقض بالمحاباة الخ) قال شيخنا البرهان الطرابلسي رحمه الله لا انتقاض لان المحاباة وصية بالثمن لمكك العين بعقد البيع فصارت بمنزلة الدراهم المرسلة بخلاف الوصية بالعين اه (قوله في المتن وبمثل نصيب ابنه صح) ويكون ذلك وصية بنصف المال اذا كان له ابن واحد فان اجازوا الكل له الثلث اه غاية

وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله (ولا يضرب الموصى له بما زاد على الثلث الا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة) عندهما الثلث بينهما أرباعا سهم لصاحب الثلث وثلاثة أسهم لصاحب الجميع فيضرب الموصى له بما زاد على الثلث لان الموصى قصد شيئين الاستحقاق والتفضيل وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فثبت كما في السعاية وأختيها ولابي حنيفة رحمه الله أن الوصية بما زاد على الثلث وقعت بغير مشروع عند عدم الاجازة من الورثة فلا تتصور نفاذها بحال فتبطل أصلا ولا يعتبر البطل والتفضيل ثبت في ضمن الاستحقاق فيبطل ببطلان الاستحقاق كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع تبطل ببطلان البيع بخلاف الوصية بالدراهم المرسلة وأختيها لان لها نفاذا في الجملة بدون اجازة الورثة بأن كان في المال سعة فيعتبر فيها التفاضل فيضرب كل واحد منهم بجميع حقه لكونه مشروعا ولاحتمال أن يصل كل واحد منهم الى جميع حقه بأن يظهر له مال فيخرج الكل من الثلث وقال في الهداية وهذا بخلاف ما اذا أوصى بعين من تركته فيتم له تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث وان احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث لان هناك الحق يتعلق بعين التركة بدليل أنها لو هلكت واستفاد مالا آخر تبطل الوصية وفي الدراهم المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة وهذا ينتقض بالمحاباة فانها تعلقت بالعين مثله ومع هذا يضرب بما زاد على الثلث قال رحمه الله (ويبطل ابنه بطل وبمثل نصيب ابنه صح) أي الوصية تبطل بنصيب ابنه باطلة والوصية بمثل نصيب ابنه صحيحة وقال زفر كلاهما صحيح لان الجميع ماله في الحال وذكر نصيب الابن للتقدير به ولانه يجوز أنه حذف المضاف وأقام المضاف اليه مقامه فقوله أوصيت بنصيب ابني أي بمثل نصيبه ومثله سائغ لغة قال الله تعالى واسأل القرية أي أهلها ولنا أن نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت فكان وصية بمال الغير بخلاف ما اذا أوصى بمثل نصيب ابنه لانه لا مثل الشيء غيره وانما يجوز حذف المضاف اذا كان مايدل عليه كما في الآية لان السؤال يدل على المسؤل وهم الاهل ولم يوجد هنا مايدل على المحذوف فلا يجوز قال رحمه الله (فان كان له ابنان فله الثلث) والقياس ان يكون له النصف عند اجازة الورثة لانه أوصى له بمثل نصيب ابنه ونصيب كل واحد منهما النصف

النصف وجه الاول أنه قصد أن يجعله مثل ابنه لا أن يزيد نصيبه على نصيب ابنه ونموذجه أن يقول أوصيت له كأحدهم قال رحمه الله (وبسهم أو بجزء من ماله فله بيان الورثة) أي اذا أوصى بسهم أو بجزء من ماله كان بيان ذلك الى الورثة فيقال لهم أعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير والوصية لا تمنع بالجهالة والورثة قائمون مقام الموصي فكان اليهم بيانه سوى هذا بين السهم وبين جزء وهو اختيار بعض المشايخ وروى عن أبي حنيفة أن السهم عبارة عن السدس نقل ذلك عن ابن مسعود رضي الله عنه وعن اياس بن معاوية وقال في الجامع الصغير له أخس سهام الورثة الا أن يكون أقل من السدس فحينئذ يعطى له السدس وقال في الاصل له أخس سهام الورثة الا أن يكون أكثر من السدس فلا يراد عليه بجعل السدس مانع النقصان في رواية الجامع الصغير ولا يمنع الزيادة وجه المنع الزيادة في الاصل ولا يمنع النقصان وذكر في الهداية ما يمنع الزيادة والنقصان ثم قال في تعليله لا يمكن ذكر وراديه السدس ويذكر وراديه سهم من سهام الورثة فيعطى الاقل منهما فهذا يمنع الزيادة فقط وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله له أخس سهام الورثة لان السهم يراد به نصيب أحد الورثة عرفا والوصية في الفيء فيصرف اليه وهذا في عرفهم وأما في عرفنا فهو الذي ذكرناه أولا قال رحمه الله (فان سدس مالي للعلان ثم قال له ثلث مالي له ثلث ماله لان الثلث يتضمن السدس يدخل فيه فلا يتناول أكثر من الثلث قال رحمه الله (وان قال سدس مالي لفلان ثم قال له سدس مالي له السدس) يعني سدسا واحدا سواء قال ذلك في مجلس واحد أو في مجلسين لان السدس ذكر معرفا بالاضافة الى المال والمعرف اذا أعيد معرفا كان الثاني عين الاول ولهذا قال ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا الى يغلب عسر يسرين قال رحمه الله (وان أوصى بثلث دراهمه أو غنمه وهلك ثلثاه فله ما بقي) أي اذا أوصى بثلث دراهمه أو بثلث غنمه وهلك ثلثاذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي من الدراهم أو الغنم وقال زفر رحمه الله له ثلث ما بقي من ذلك النوع لان كل واحد منهما مشترك بينهم والمال المشترك اذا هلك هلك منه على الشركة وبقي الباقي كذلك وصار كما اذا كان الموصى به أجناسا مختلفة ولنا أن حق بعضهم لم يتعلق بعين جميعه في البعض المتعين في الجنس الواحد ولهذا يجبر على القسمة فيه وفيه جمع بين الوصية مقدمة على الميراث في البعض الباقي فصار كما اذا أوصى بدرهم أو بعشرة دراهم أو بعشرة أرؤس من الغنم فهلك ثلث الجنس كله الا القدر المسمى فانه يأخذه اذا كان يخرج من ثلث بقية ماله بخلاف الاجناس المختلفة لانه لا يمكن الجمع فيها جبرا فكذا تقديما والمال المشترك اذا تمحالهلك الهالك على الشركة أن لو استوى الحقان أما اذا كان أحدهما مقدما على الآخر فالهالك يصرف الى المؤخر كما اذا كان في التركة دين ووصايا ورثة ثم هلك بعض التركة فان الهلاك يصرف الى المؤخر وهو وصية والاثر لان المدين مقدم عليهما وهذه وصية مقدمة على الارث لقوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين فيصرف الهلاك الى الارث تقديما للوصية على وجه لا ينقص حق أورثة عن اثنين من جميع التركة اذ لا يسلم للموصى له شيء حتى يسلم للورثة ضعف ذلك وكذا اذا هلك البعض في المضاربة يصرف الهلاك الى الربح لان رأس المال مقدم على ما عرف في موضعه قال رحمه الله (وورثه فهلك ثلثاذلك وبقي ثلثه أي أوصى بثلث رقيقه وثلثه أو بثلث دوره فهلك ثلثاذلك وبقي الثلث وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله كان له ثلث الباقي كما قال زفر رحمه الله لان الجنس مختلف فلا يمكن جمعه بخلاف الاول على ما بينا والفرق هو اذا كانت الثياب من أجناس مختلفة وان كانت من جنس واحد فهي بمنزلة الدراهم وكذا كل مكيل وموزون كالدراهم لما بينا وقيل هذا قول أبي حنيفة رحمه الله في الرقيق والدور لانه لا يرى الجبر على المقاسمة فيهما وقيل هو قول الكل لان الجمع انما يتحقق بقضاء القاضي عن اجتهاد عند هما ولا يتحقق بدون القضاء بل يتعذر ولا قضاء هناك يتحقق الجمع لما علم الا شبه أن يكون على الخلاف لان كل ما أمكن

(قوله وقال أبو يوسف ومحمد له أخس سهام الورثة) أي سواء كان مثل السدس أو أقل أو أكثر الا أن يزيد على الثلث فحينئذ له الثلث الا أن يجيز الورثة الزيادة على الثلث اه ابن فرشتا (قوله ثم قال) أي في ذلك المجلس أو في مجلس آخر اه هداية (قوله لان كل واحد منهما مشترك بينهم) أي بين الورثة والموصى لهم اه (قوله وصار كما اذا كان) عبارة الشارح وصار كما اذا كانت اه (قوله أجناسا مختلفة) بأن كان له ابل وبقر وغنم فأوصى بثلث هذه الاصناف لرجل فهلك صنفان وبقي صنف واحد أعني بقي الابل أو بقي البقر أو بقي الغنم فللموصى له ثلث الباقي في قولهم جميعا اه اتقاني (قولهو الوصية مقدمة) أي على قسمة التركة اه (قوله وكذا كل مكيل وموزون كالدراهم) فيكون له جميع الباقي اه

جعله جبرا بالقضاء أمكن جعله تقديرا وهذا هو الفقه في هذا الباب ألا ترى أنه أمكن الجمع بدون القضاء عندهما فيما اذا كانت الوصية بثلث الدراهم أو الغنم على ما بينا قال رحمه الله (وبألف وله عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين دفع اليه) أي اذا أوصى بألف درهم وله عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين دفع اليه لان ايفاء حق كل واحد ممكن من غير محض بأحد قيصار اليه قال رحمه الله (والا فثلث العين وكذا خرج شئ من الدين له ثلثه حتى يستوفي الالف) أي ان لم يخرج الالف من ثلث العين دفع الى الموصى له ثلث العين ثم كلما خرج شئ من الدين دفع اليه ثلثه حتى يستوفي حقه وهو الالف لان الموصى له شريك الوارث في الحقيقة ألا ترى أنه لا يسلم له شئ حتى يسلم للورثة ضعفه وفي تخصيصه بالعين محض في حق الورثة لان للعين مزية على الدين ولان الدين ليس بمال في مطلق الحال ولهذا لو حلف أنه لا مال له وله دين على الناس لا يحنث وانما يصير مالا عند الاستيفاء وباعتبار تناولته الوصية فيعتدل النظر بقسمة كل واحد من الدين والعين أثلاثا فيصار اليه قال رحمه الله (وبثلثه لزيد وعمرو وهو ميت لزيد كله) أي اذا أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله وعمرو ميت فالثلث كله لزيد لان الميت ليس بأهل للوصية فلا وزام الحي الذي هو أهل لها كما اذا أوصى لزيد وجدار وعن أبي يوسف رحمه الله أنه اذا علم بموته كان له نصف الثلث لان الوصية عند صحيحة لعمرو فلم يرض للحي الا نصف الثلث بخلاف ما اذا علم بموته لان الوصية لعمرو لغو فكان راضيا بكل الثلث للحي هذا اذا كان المزاحم معدوما من الاصل أما اذا خرج المزاحم بعد صحة الايجاب يخرج بحصته ولا يسلم للآخر كل الثلث لان الوصية صحت لهما وثبتت الشركة بينهما فبطلان حق أحدهما بعد ذلك لا يوجب زيادة على حق الآخر مثاله اذا قال ثلث مالي لفلان ولفلان بن عبد الله ان مت وهو فقير فمات الموصي وفلان بن عبد الله غني كان لفلان نصف الثلث وكذا لو قال ثلث مالي لفلان وفلان فمات أحدهما قبل موت الموصي وكذا لو قال ثلث مالي لفلان ولعبد الله ان كان عبد الله في هذا البيت ولم يكن عبد الله في البيت كان لفلان نصف الثلث لان بطلان استحقاقه لفقد الشرط لا يوجب الزيادة في حق الآخر فكان الحرف فيه أنه متى دخل في الوصية ثم خرج لفقد شرطه لا يوجب الزيادة في حق الآخر ومتى لم يدخل في الوصية لفقد الاهلية كان الكل للآخر قال رحمه الله (ولو قال بين زيد وعمرو ولزيد نصفه) أي اذا قال ثلث مالي بين زيد وعمرو وعمرو ميت كان لزيد نصف الثلث لان كلمة بين توجب التنصيف فلا يتكامل لعدم المزاحمة بخلاف ما اذا قال لفلان وفلان فاذا أحدهما ميت حيث يكون للحي كل الثلث لان الجملة الاولى كلام يقتضي الاختصاص بالحكم الا أن العطف يقتضي الشركة في الحكم المذكور والمذكور وصية بكل الثلث والتنصيف بحكم المزاحمة فاذا زالت المزاحمة بتكامل ألا ترى أنه من قال ثلث مالي لفلان وسكت كان له جميع الثلث ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث كله بل نصفه ألا ترى الى قوله تعالى ونبئهم أن الماء قسمة بينهم اقتضى أن يكون النصف بدليل قوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم قال رحمه الله (وبثلثه ولا مال له الا ثلث ماله ملكه عند موته) أي اذا أوصى بثلث ماله لشخص ولا مال له وقت الوصية كان له ثلث ما يملكه عند الموت لان الوصية عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت وبثبت حكمه بعده فيشترط وجود المال عند الموت سواء كانا كتسبه بعد الوصية أو قبله بعد أن لم يكن الموصى به عينا أو نوعا معينا وأما اذا أوصى بعين أو نوع من ماله كثلث غنمه فهلكت قبل موته تبطل الوصية لانها تعلقت بالعين فتبطل بفواتها قبل الموت حتى لو اكتسب غنما أخرى أو عينا آخر بعد ذلك لا تتعلق حق الموصى له بذلك ولو لم يكن له غنم عند الوصية فاستفاد غنما ثم مات فالصحيح أن الوصية تصح لانها لو كانت بلفظ المال تصح فكذا اذا كانت بلفظ نوعه لان المعتبر وجوده عند الموت لا غير ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم يعطى قيمة شاة لانه لما أضاف الشاة الى المال علمنا أن مراده الوصية بمالية الشاة

اذ مالیتها تو جد فی مطلق المال ألا ترى الى قوله علیه الصلاة والسلام فی خمس من الابل السائمة شاة وعین الشاة لا تو جد فی الابل وانما تو جد مالیتها فیها ولو أوصى بشاة ولم یضفها الى ماله ولا غنم له قبل لا یصح لان المحض اضافتها الى المال وبدون الاضافة الى المال تعتبر صورة الشاة ومعناها وقیل یصح لانه لما ذکر الشاة ولیس فی ملکه شاة علم أن مراده المالیة ولو قال شاة من غنمی ولا غنم له فالوصیة باطلة لانه لما أضافها الى الغنم علمنا أن مراده عین الشاة حیث جعلها جزأ من الغنم بخلاف ما اذا أضافها الى المال وعلى هذا یخرج کل نوع من أنواع المال کالبقر والثوب ونحوهما قال رحمه الله (وثلثه لامهات أولاده وهن ثلاث وللفقراء والمساکین لهن ثلاثة من خمسة وسهم للفقراء وسهم للمساکین) أی اذا أوصى بثلث ماله لامهات أولاده وللفقراء والمساکین وأمهات أولاده ثلاث یقسم الثلث أسداسا فلهن ثلاثة أسهم ولکل طائفة من المساکین والفقراء سهم وهذا عند أبی حنیفة وأبی یوسف رحمهما الله وقال محمد یقسم أسباعا لان الذکور لفظ الجمع وأدناه فی المیراث اثنان قال الله تعالى وان کان له اخوة فلامه السدس وقال تعالى وان کن نساء فوق اثنتین الآیة والمراد بالآیتین اثنان فکان من کل طائفة اثنان وأمهات الاولاد ثلاثة فکان المجموع سبعة فیقسم أسباعا ولهما أن اسم الجنس المحلى بالالف واللام یتناول الادنى مع احتمال الکل کللفرد المحلى بهما لانه یراد بهما الجنس اذا لم یکن ثم معهود قال الله تعالى لا تحل لک النساء من بعد وقال تعالى وجعلنا من الماء کل شئ حی ولا یحتمل ما یتهما فتعین الادنى لتعذر ارادة الکل ولهذا لو حلف لا یشتری العبید یحنث بالواحد فیتناول من کل فریق واحدا وأمهات الاولاد ثلاث فتبلغ السهام خمسة ولیس فیما تلی دلالة على ماذکر لان المذکور فی الآیتین نکرة وکلامنا فی المعرفة حتى لو کان فیما نحن فیه منکرا قلنا کما قال ثم هذه الوصیة تکون لامهات أولاده الملاتی یعتقن بموته أو الملاتی عتقن فی حیاته ان لم یکن له أمهات أولاد غیرهن فان کان له أمهات أولاد عتقن فی حیاته وأمهات أولاد یعتقن بموته کانت الوصیة للاتی یعتقن بموته لان الاسم لهن فی العرف واللاتی عتقن فی حیاته موال لا أمهات أولاد وانما تصرف الیهن الوصیة عند عدم أولئک لعدم من یکون أولى منهن بهذا الاسم ولا یقال ان الوصیة لمولاه کما لو أوصى لان العبد لا یملک شیأ وانما تجوز له الوصیة بالعتق أو برقبته لکونه عتقا فوجب أن لا تجوز لامهات أولاده اللاتی لم یعتقن حال حیاته لانا نقول القیاس أن لا تجوز الوصیة لهن لانها لو جازت لهن لملکنه حال نزول العتق بهن لکون العتق والتملیک معلقین بالموت والعتق ینزل علیهن وهن إماء فکذا علیکهن یقع وهی إماء وهو لا یتصور الا اذا جوزناه استحسانا لان الوصیة مضافة الى ما بعد عتقهن لاحال حلول العتق بهن بدلالة حال الموصى له قد قلبکهن ولا یتصور ذلک الا بعد العتق فصرف الیه تصحیحا للکلام قال رحمه الله (وثلثه لزید وللمساکین لزید نصفه ولهم نصفه) أی اذا أوصى بثلث ماله لزید وللمساکین کان لزید النصف منه وللمساکین النصف وهذا عندهما وعند محمد رحمه الله ثلثه لزید وثلثاه للمساکین وقد بنینا أخذ کل واحد من الفریقین ونو أوصى للمساکین کان له صرفه الى مسکین واحد عندهما وعند محمد رحمه الله لا یصرفه الى أقل من اثنین بناء على ماذکرنا قال رحمه الله (وبمائة لرجل وبمائة أخرى فقال لآخر أشرکتک معهما فله ثلث کل مائة ولو أبى بمائة وبمائتین لآخر فقال لآخر أشرکتک معهما فله نصف ما لکل منهما) یعنی اذا أوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال لآخر قد أشرکتک معهما فله ثلث کل مائة ولو أوصى لرجل بأربعمائة درهم ولآخر بمائتین ثم قال لآخر قد أشرکتک معهما کان له نصف ما لکل واحد منهما لان لشرکة المساواة فلغة ولهذا لو حلف لا یشترک العبید یحنث بالواحد فیفهم شرکة فی الثلث على المساواة وقد أمکن اثبات المساواة بین الکل فی الاولى لاستواء المالین فیأخذ من کل واحد منهما ثلث المائة فتم له ثلثا المائة ویأخذ کل واحد منهما ثلثی المائة ولا یمکن المساواة بین الکل فی الثانیة لتفاوت المالین

فعلماؤنا على مساواة الثالث مع كل واحد منهما بما سماه له فيأخذ النصف من كل واحد من المالين ولو أوصى لرجل بجارية ولآخر بجارية أخرى ثم قال لآخر أشركتك معهما فان كانت قيمة الجاريتين متفاوتة كان له نصف كل واحدة منهما بالاجماع وان كانت قيمتهما على السواء فله الثلث من كل واحدة منهما عندهما وعند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه له نصف كل واحدة منهما بناء على انه لا يرى قسمة الرقيق فيكونان بخسين مختلفين وهما بريانها فصار تا كالدراهم المتساوية ولو أوصى لرجل بثلث ماله ثم قال لآخر أشركتك أو أدخلتك معه فالثلث بينهما على ما ذكرنا قال رحمه الله (وان قال الورثة لفلان على دين فصدقوه فانه يصدق الى الثلث) وهذا استحسان والقياس أن لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لا يحكم به الا بالبيان وقوله فصدقوه مخالف للشرع لان الذي لا يصدق لا بحجة فيتعذر جعله اقرارا مطلقا فلا يعتبر فصار تقدير من قال على شيأ أو عليه فانه باطل لكونه مخالفا للشرع الا أن يقول ان رأي الوصي أن يعطيه فحينئذ يجوز من الثلث وجه الاستحسان أنا نعلم أن قصده تنفيذ ما على الورثة وقد أمكن تنفيذ قصده بطريق الوصية وقد يحتاج اليه من يعلم بأصل الحق عليه دون مقداره فيسعى في تفريغ ذمته فيجعل وصية جعل التنفيذ فيه راجعا الى الموصى له كأنه قال لهم اذا جاءكم فلان واذكى شيأ فأعطوه من مالي ما شاء فهذا معتبر فكذا هذا فيصدق الى الثلث قال رحمه الله (فان أوصى بوصايا) أي مع ذلك (عزل الثلث لاصحاب الوصايا والثلثان للورثة وقيل لكل صدقوه فيما شاؤا ثم ما بقي من الثلث فللوصايا) أي لاصحاب الوصايا لا يشاركهم فيه صاحب الدين وانما عزل الثلث والثلثان لان الوصايا حقوق معاومة في الثلث والميراث معلوم في الثلثين وهذا ليس بدين معلوم ولا وصية معلومة فلا يزاحم المعلوم فقلنا عزل المعلوم وفي الاقرار فائدة أخرى وهي أن أحد الغريمين قد يكون أعرف بقدر هذا الحق وأبصر به والآخر أمد وأبعد ورب ما مختلفون في الفضل اذا ادعاه الحصم فاذا أقر زال ذلك علما أن في التركة ديانا تعافى جميع التركة فيؤمر أصحاب الوصايا والورثة ببيانه فاذا بينوا شيأ أخذ أصحاب الوصايا ثلث ما أقروا به والورثة بثلثي ما أقروا به لان الاقرار كل فريق نافذ في حق نفسه فيلزمه بحصته وان ادعى المقر له أكثر من ذلك حلف كل فريق على العلم لانه تحليف على فعل الغير قال العبد الضعيف الراجي عفو ربه الكريم هذا مشكل من حيث ان الورثة كانوا يصدقونه الى الثلث ولا يلزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث وهنا ألزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث لان أصحاب الوصايا أخذوا الثلث على نفسه وأن تكون الوصايا تستغرق الثلث كله ولم يبق في أيديهم من الثلث شيء فوجب أن لا يلزمهم تصديقه قال رحمه الله (ولا جنبي ووارثه له نصف الوصية وبطل وصيته للوارث) أي اذا أوصى لاجنبي ووارثه كان للاجنبي نصف الوصية وبطلت الوصية للوارث لأنه أوصى بما يملك وبما لا يملك فصح فيما يملك وبطل في الآخر بخلاف ما اذا أوصى لحي وميت حيث يكون الكل للحي لان الميت ليس بأهل للوصية فلا يصح من احاد الوارث من أهلها ولهذا تصح باجازة الورثة فافترقا وعلى هذا اذا أوصى للقاتل وللاجنبي وهذا بخلاف ما اذا أقر بعين أو دين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي أيضا لان الوصية انشاء تصرف وهو تمليك ميتة الى ما هو أشركه تثبت حكم التمليك فيصح في حق من يستحقه دون الآخر لان بطلان التمليك لاحدهما لا يوجب بطلان التمليك من الآخر أما الاقرار فاخبار عن أمر كان وقد أخبر بوصف الشركة في الماضي ولا وجه الى اثباته بدون هذا الوصف لانه خلاف ما أخبر به والى اثبات هذا الوصف لانه يصير الوارث فيه شريكا ولا انه لو قبض الاجنبي شيأ كان للوارث أن يشاركه فيه فيبطل في ذلك القدر ثم لا يزال يقبض الاجنبي شيأ ويشاركه الوارث فيه فيبطل حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا وفي الانشاء حصة أحدهما متازة عن حصة الآخر نقلا وبطلانا قال في النهاية قال القتراشي هذا اذا تصادقا أما اذا أنكر الاجنبي شركة الوارث أو أنكر الوارث شركة الاجنبي فانه يصح اقراره في حصة الاجنبي عند

(قوله فأعطوه من مالي ماشاء) ولو قال هكذا صح كلامه ويكون اتفاقه من الثلث لا غير فكذا هذا لانه وصية والوصية تجوز ازها من الثلث اه اتقاني (قوله وهذا ليس بدين معلوم ولا وصية معلومة) في الهداية وهذا مجهول أي قوله فصدقوه ليس بدين معلوم ولا وصية معلومة ولكنه دين في حق المستحق ووصية في حق التنفيذ فلا يزاحم المعلوم اه (قوله حلف كل فريق) أي من الموصى له والورثة اه (قوله لانه تحليف على فعل الغير) لاعلى فعل نفسه فلا يحلف على البتات اه

محمد رحمه الله لان الوارث مقر ببطلان حقه وبطلان حق شريكه فيبطل فى حقه ويثبت فى نصيب الآخر وعنده ما يبطل فى الكل لان حق انوارث لم يتمزعن حق الاجنبى وانما أوجبه مشتركا بينهما فيبطل كما بينا قال رحمه الله (وثياب متفاوتة ثلاثة فضاع ثوب ولم يدر أى) والوارث يقول لكل هلك حقك بطلت) أى اذا أوصى بثلاثة ثياب متفاوتة جيد ووسط ورديء لثلاثة أنفس لكل واحد منهم ثوب فضاع منها ثوب ولا يدرى أيها هو والوارث يجحد ذلك بان يقول لكل واحد منهم هلك حقك أو حق أحد كما لا أدرى من هو فلا أدفع اليكم شيأ بطلت الوصية لان المستحق مجهول وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل غرض الموصى فتبطل كما اذا أوصى لاحد الرجلين قال رحمه الله (الا أن يسلم ما بقى) أى الا أن يسلم الورثة ما بقى من الثياب فحينئذ تصح الوصية لانها كانت صحيحة فى الاصل وانما بطلت نهاية طارئة مانعة من التسليم فاذا سلموا الباقى زال المانع فعادت صحيحة على ما كانت فيقسم بينهم قال رحمه الله (فلذى الجيد ثلثاه ولذى الردىء ثلثاه ولذى الوسط ثلث كل) أى لصاحب الجيد يعطى ثلثا الثوب الجيد ولصاحب الردىء يعطى ثلثا الثوب الردىء ولصاحب الوسط ثلث كل واحد منهما فيصيب كل واحد منهم ثلث ثوب لان الاثنين اذا قسما على ثلاثة أصاب كل واحد منهم الثلثان وغنما أعطى صاحب الوسط ثلث كل واحد منهما ولا آخر الثلثين من ثوب واحد لان صاحب الجيد لا حق له فى الردىء يقين لانه ما أن يكون هو الردىء الاصلى أو الوسط ولا حق له فيهما واحتمل أن يكون حقه فى الجيد بان كان الهالك هو الوسط أو الردىء وهو يحتمل أن لا يكون له فيه حق بان كان الهالك هو الجيد وصاحب الردىء لا حق له فى الجيد يقين لانه ما أن يكون هو الجيد الاصلى أو الوسط ولا حق له فيهما واحتمل أن يكون حقه فى الردىء بان كان الهالك هو الجيد أو الوسط واحتمل أن لا يكون له فيه حق بان كان الهالك هو الردىء وصاحب الوسط يحتمل أن يكون حقه فى الجيد بان كان الهالك أحدهما ويحتمل أن يكون فى الردىء بان يكون الهالك أردأ ويحتمل ألا يكون له فيهما حق بان كان الهالك هو الوسط فاذا كان كذلك أعطى كل واحد منهم حقه من محل يحتمل أن يكون هو له لان التسوية بايصال حق كل واحد منهم اليه واجبة وهم فى احتمال بقاء حقه و بطلانه سواء وفيما قلنا ايصال حق كل واحد منهم بقدر الامكان وتحصيل غرض الموصى من التفضيل فكان متعينا قال رحمه الله (وبيت عين من دار مشتركة وقسم ووقع فى حظه فهو للموصى له والا مثل ذرعه) معناه اذا كانت الدار مشتركة بين اثنين فأوصى أحدهما بأحد بيتيها بعينه لرجل فان الدار تقسم فان وقع البيت فى نصيب الموصى فهو للموصى له وان وقع فى نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله نصف البيت ان وقع فى نصيب الموصى وان وقع فى نصيب الآخر كان له مثل ذرع نصف البيت لانه أوصى بملك غيره لان الدار كلها مشتركة فتنفذ فى ملكه و يتوقف الباقى على اجازة صاحبه ثم اذا ملكه بعد ذلك بالقسمة التى هى مبادلة لا تنفذ الوصية السابقة كما اذا أوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم اذا أصابه بالقسمة عين البيت كان للموصى له نصفه لانه عين ما أوصى به وان وقع فى نصيب صاحبه كان له مثل نصف البيت لانه يجب تنفيذها فى البدل عند تعذر تنفيذها فى عين الموصى به كالجارية الموصى بها اذا قتلت تنفذ الوصية فى بدل لها بخلاف ما اذا بيع العبد الموصى به حيث لا تتعلق الوصية بثمنه لان الوصية تبطل بالاقدام على البيع على ما بينا فى مسائل الرجوع عن الوصية ولا تبطل بالقسمة ولهما أنه أوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لانه يقصد الايصاء بما يمكن الانتفاع به على الكمال ظاهرا وذلك يكون بالقسمة لان الانتفاع بالشائع قاصر وقد استقر ملكه فى جميع البيت اذا وقع فى نصيبه فتنفذ الوصية فيه ومعنى المبادلة فى القسمة تابع وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه ولا تبطل الوصية اذا وقع البيت كله فى نصيب شريكه ولو كانت مبادلة لبطلت كالو باع

(قوله فى المتن فضاع ثوب) أى بعد موت الموصى اه قوله لان صاحب الجيد لا حق له فى الردىء) أى من الثوبين اه (قوله لانه) أى الردى من الثوبين اه (قوله واحتمل أن يكون حقه فى الجيد) أى من الثوبين اه (قوله لانه) أى الجيد من الثوبين اه

الموصى به فعلى اعتبار الاقرار صار كأن البيت ملكهن الابتداء وان وقع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعان البيت جميعه من الذي وقع في نصيب الموصى لانه عرضه ولان مراد الموصى من ذكر البيت تقديره به غير أنا نقول بتعين البيت اذا وقع البيت في نصيبه جعابين الجهتين التقدير والتمليك واذا وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير أو نقول انه أراد التقدير على اعتبار وقوع البيت في نصيب شريكه وأراد التمليك على اعتبار وقوعه في نصيبه ولا يبعد أن يكون كلام واحد محتملا باعتبارين الآتري أن من حلف بأزول ولد لمن أمته طلاق امرأته وعتق ذلك الولد تقيد في حق العتق بالولد الحي لا في حق الطلاق ثم اذا وقع البيت في نصيب غير الموصى والدار مائة ذراع واليت عشرة أذرع يقسم نصيب الموصى بين الموصى له والورثة على عشرة أسهم عند محمد رحمه الله تسعة للورثة وسهم للموصى له فيضرب الموصى له بنصف البيت وهو خمسة أذرع وهم بنصف الدار الذي صارله وهو خمسة وأربعون ذراعا ونصيب البيت من الدار خمسون ذراعا فتجعل كل خمسة منها سهما فصار عشرة أسهم وعندهما يقسم على خمسة أسهم لان الموصى له يضرب بجميع البيت وهو عشرة أذرع وهم نصيبه كله الا البيت الموصى به وهو أربعون ذراعا فيجعل كل عشرة أذرع سهما فصار المجموع خمسة أسهم سهم للموصى له وأربعة لهم قال رحمه الله (والاقرار مثلها) أي الاقرار بيت معين من دار مشتركة مثل الوصية به حتى يؤمر بتسليم كله ان وقع البيت في نصيب المقر عندهما وان وقع في نصيب الآخر يؤمر بتسليم مثله وعند محمد رحمه الله يؤمر بتسليم النصف أو قدر النصف وقيل محمد رحمه الله معهما في الاقرار والفرق له على هذه الرواية أن الاقرار يملك الغير صحيح حتى ان من أقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم الى المقر له والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تنفذ فيه الوصية قال رحمه الله (وبألف عين من مال آخر فاجاز رب المال بعد موت الموصى ودفعه صح وله المنع بعد الاجازة) أي اذا أوصى رجل بألف درهم بعينها من مال غيره فأجاز صاحب المال بعد موت الموصى ودفعه اليه جاز وله الامتناع من التسليم بعد الاجازة لانه تبرع عمال الغير فيتوقف على اجازة صاحبه فاذا أجاز كان منه هذا ابتداء تبرع فله أن يمتنع من التسليم كسائر التبرعات بخلاف ما اذا أوصى بالزيادة على الثلث أو لقاتل أو لوارث فأجازتها الورثة حيث لا يكون لهم أن يمتنعوا من التسليم لان الوصية في نفسها صحيحة لصادقة فيما ملكه وانما امتنع لحق الورثة فاذا أجازوها سقط حقهم فينفذ من جهة الموصى على ما بينا من قبل قال رحمه الله (وصح اقرار أحدا بني بعد القسمة بوصية أبيه في ثلث نصيبه) معناه اذا قسم الابنان تركة أبيهما وهو ألف درهم مثلا ثم أقر أحدهما لرجل أن أباهما أوصى له بثلث ماله فان المقر يعطيه ثلث مافي يده وهذا استحسان والقياس أن يعطيه نصف مافي يده وهو قول زفر رحمه الله لان اقرار بالثلث تضمن اقرارين بمساواته اياه والتسوية في اعطاء النصف لبقي له النصف فصار كما اذا أقر أحدهما بأخ ثالث لهما وهذا لان ما أخذه المنكر كالهالك فيهلك عليهما وجه الاستحسان أنه أقر له بثلث شائع في جميع التركة وهي في أيديهما فتكون مقرا له بثلث مافي يده وثلث مافي يد أخيه فيقبل اقراره في حق نفسه ولا يتعداه على نفسه ولا يقبل في حق أخيه لعدم الولاية عليه فيعطيه ثلث مافي يده ولان لو أخذ منه نصف مافي يده أدى الى محظور وهو أن الابن الآخر يرجع بما يقر به فيأخذ نصف مافي يده فيأخذ نصف التركة فيزداد نصيبه على الثلث وهو خلف بخلاف ما اذا أقر أحدهما بالدين على أبيهما حيث يأخذ صاحب الدين المقر له جميع مافي يد المقر حتى يسوي دينه ولا شيء للقر ان لم يفضل منه شيء لان الدين مقدم على الميراث فيكون مقرا تقدمه عليه فيقدم عليه ولا كذلك الوصية لان الموصى له شريك الورثة فلا يأخذ شيأ الا اذا سلم للوارث ضعف ذلك ولانسلم أنه أقر له بالمساواة بل أقر له بثلث التركة وانما حصلت المساواة باتفاق الحال ولهذا لو لم يكن له

الم تقدم هذا الفرع في أول كتاب الاقرار اه (قوله فيزداد نصيبه على الثلث) فيه نظر اه كذا بخط قارئ الهداية اه وفي شرح لطيف قال الولوالجي رحمه الله تركة فيها دين غير مستغرق فقسمه الورثة ثم باع الغريم فيأخذ من كل واحد منهم من الدين بما يخصه في ثلثه حتى لو كان الدين ألف درهم والتركة ثلاثة آلاف فاقتسموها ثلاثة بينهم فأخذ من كل واحد منهم ثلث الالف وهذا اذا أخذهم عند القاضي جملة أما اذا ظفر بأحدهم فأخذ منه جميع مافي يده اه (قوله الا اذا سلم الورثة ضعف ذلك) ولو كان البنون ثلاثة والتركة ثلاثة آلاف فاقتسموها فجاء رجل فادعى أن الميت أوصى له بثلث ماله وصدقه واحد منهم فانه يعطيه عند زفر ثلاثة أخماس مافي يده لان في زعمه أن ثلث كل التركة والثلثين بين البنين أثلاثا فتصاح الى حساب له ثلث وثلثه ثلث وأصله تسعة ثلثه وهو ثلاثة للموصى له بالثلث والباقي وهو ستة بين البنين اثلاثا لكل ابن سهمان فصار أقر ان للموصى له بالثلث ثلاثة أسهم وللمقر سهمان فيقسم مافي يده بينهما على هذه السهام فصار خمسة للموصى له بالثلث ثلاثة وله اثنان وعندنا يعطيه ثلث مافي يده لما مر قاله العلامة حافظ الدين في كافيه وهذه المسئلة ذكرها ابن الساعاتي رحمه الله في الجمع

أخ فأقره بالوصية لابن يدحضه على الثلث ولو كان مقرا له بالمساواة لساواه لصحة الاقرار أيضا بخلاف ما اذا أقر بأخ ثالث وكذبه أخوه حيث يكون ما في يد المقر بينهما نصفين لانه أقر له بالمساواة فيساويه مطلقا ولهذا لو كان وحده أيضا ساواه فيكون ما أخذه المنكر هكذا عليهما قال رحمه الله (وبأمة فولدت بعد موته وحر جامن ثلثه فهما له والا أخذ منها ثم منه) أي اذا أوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصي ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له لان الام دخلت في الوصية أصالة والولد تبعا حين كان متصلا بها فاذا ولدت قبل القسمة والتركة مشغولة على ملك الميت قبلها حتى تقضى به ديونه وتنفذ منه وصاياه دخل الولد في الوصية فيكونان للموصى له وان لم يخرجا من الثلث ضرب الموصى له بالثلث وأخذ ما يخصه من الام أولا فان فضل شئ أخذ من الولد وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقالا يأخذ ما يخصه منهما جميعا لان الولد دخل في الوصية تبعا حال اتصاله بها فلا يخرج عن الوصية بالانفصال كما اذا أوصى ببيعهما من فلان بكذا من الثمن أو عتقهما فولدت وكما اذا ولدت المبيعة قبل القبض فانه يسري الى الولد حتى يباع أو يعتق معها ويكون له حصة من الثمن اذا ولدته قبل القبض فتنفذ الوصية أيضا فيهما على السواء من غير تقديم الام كأن الوصية وقعت بهما جميعا ولابي حنيفة رضي الله عنه أن الام أصل والولد تبع في الوصية والتبع لا يزاحم الاصل فلو نفذنا الوصية فيهما جميعا تنقض الوصية في بعض الاصل وذلك لا يجوز بخلاف البيع والعتق لان تنفيذ في التبع لا يؤدي الى نقضه في الاصل بل يبقى تاما صحيحا فيه غير أن الثمن كله لا يقابل الاصل بل بعضه ضرورة مقابلته بالولد اذ لا يباع الثمن الذي عينه الموصى أو ولدت المبيعة قبل القبض في غير الوصية وقبض الولد مع الام وذلك لا يبالي به ولا أثر له في النقض لان الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وان كان فاسدا حتى لو كان في البيع بالثمن الذي عينه الموصى محاباة يحتمل أن يكون على الخلاف هذا اذا ولدته قبل القبول وقبل القسمة وان ولدته بعدهما فهو للموصى له لانه نماء ملكه لاتصاله تقررملكه فيه بعدهما وان ولدته بعد القبول قبل القسمة ذكر القدوري أنه لا يصير موصى به ولا يعتبر خروجه من الثلث وكان للموصى له من جميع المال كما لو ولدته بعد القسمة ومشايخنا رحمهم الله قالوا يصير موصى به حتى يعتبر خروجه من الثلث كما اذا ولدته قبل القبول وان ولدته قبل موت الموصى لم يدخل تحت الوصية فيكون لورثته كيفما كان والكسب كالولد في جميع ما ذكرنا قال رحمه الله (ولا بنه الكافر أو الرقيق في مرضه فاسلم أو عتق بطل كهبته واقراره) أي اذا أوصى لابنه الكافر أو لابنه الرقيق في مرضه فأسلم الابن أو عتق قبل موت الاب ثم مات من ذلك المرض بطلت الوصية له كما تبطل الهبة له والاقرار له بالدين أما الوصية فلان المعتبر فيها حالة الموت وهو وارث فيها فلا يجوز له والهبة حكمها مثل الوصية لما عرف في موضعه وأما الاقرار فان كان الابن كافرا فلا اشكال فيه لان الاقرار وقع لغيره وهو وارث بسبب كان ثابتا عند الاقرار وهو البنوة فيمتنع لما فيه من تهمة ايثار البعض فكان كالوصية فصار كما اذا كان له ابن وأقر لاخيه في مرضه ثم مات الابن قبل أبيه المقر وورثه أخوه المقر له فان الاقرار له يكون باطلا لما ذكرنا كذا هذا بخلاف ما اذا أقر لامرأة في مرضه ثم تزوج جها حيث لا يبطل الاقرار لها لانها صارت وارثة بسبب حادث والاقرار يلزم بنفسه وهي أجنبية حال صدوره فيلزم لعدم المانع من ذلك ويعتبر من جميع المال بخلاف الوصية لها لانها ايجاب عند الموت وهي وارثة عنده فلهذا اتحد الحكم فيما في الوصية وافترق في الاقرار حتى لو كانت الزوجية قائمة عند الاقرار وهي غير وارثة بأن كانت نصرانية أو أمة ثم أسلمت قبل موته أو أعتقت لا يصح الاقرار لها لقيام السبب حال صدوره ولو كان الابن عبدا فان كان عليه دين لا يصح اقراره لان الاقرار وقع له وهو وارث عند الموت فيبطل كوصية وان لم يكن عليه دين صح الاقرار لانه وقع للمولى اذ العبد لا يملك وقيل الهبة له جائزة لانها تمليك في الحال وهو لا يملك فيقع للمولى وهو أجنبي فيجوز بخلاف الوصية لانها ايجاب عند الموت

لما كان الاعتاق في المرض في معنى وصية لوقوعه تبرعا في زمان تعلق حق الورثة ذكره في كتاب الوصايا ولكن أخره عما هو صريح في الوصية لكون الصريح هو الاصل في الدلالة اه اتقاني (قوله فهو في حكم الوصية) لما أنه يتم في ايجابه على نفسه كما يتم في الهبة اه اتقاني (قوله وقالا هما سواء في المسئلتين) تبعه فيه العيني رحمه الله وقال الرازي رحمه الله في شرحه وقالا العتق أولى في المسئلتين وفي أثناء كلام الشارح مايدل على أن العتق أولى عندهما فقال في أواخر هذه الصفحة فاذا ثبت هذا فهما يقولان ان العتق أقوى وقال في الصفحة الآتية في آخر هذه المقالة وعندهما العتق أولى في الكل فتنبه اه وكتب مانصه صوابه وقالا العتق أولى في المسئلتين جميعا كما في الهداية وغيرها اه (قوله اذا لم يكن فيها) أي في فردمن أفرادها اه (قوله ماجاز والثلث) مثل أن يوصي بالربع والسدس لايقدم البعض على البعض بلاخلاف بين العلماء اه من خط قارئ الهداية (قوله والمحاباة في المرض) أي المحاباة في البيع اذاوقعت في المرض اه (قوله واستوت الحقوق) كما اذا كانت الوصية في القرب وأبواب الخير وقد تعالى فانها اذا استوت يقدم ماقدمه الموصي لاستوائهما واتحاد المستحق اه من خط الشارح

وهو وارث عنده فيمتنع وفي عامة الروايات هي في المرض كالوصية فيه لانها وان كانت منجزة صورة فهي كالمضاف الى مابعد الموت حكما لان حكمها يتقرر عند الموت ألاترى أنها تبطل بالدين المستغرق ولا تجوز بمازاد على الثلث والمكاتب كالحر لان الاقرار والهبة تنفع له وهو وارث عند الموت فلا تجوز كالوصية قال رحمه الله (والمقعد والمفلوج والاشل والمسلول ان تطاول ذلك ولم يخف منه الموت فهبته من كل المال) لانه اذا تقادم العهد صار طبعا من طباعه كالعمى والعرج وهذا لان المانع من التصرف مرض الموت ومرض الموت سببا لموت غالبا وانما يكون سببا للموت غالبا اذا كان بحيث يزداد حالا فحالا الى أن يكون آخره الموت وأما اذا استحكم وصار بحيث لا يزداد ولا يخاف منه الموت لا يكون سببا للموت كالعمى ونحوه لذلا يحاف منه ولهذا لا يشتغل بالتداوي قال رحمه الله (والاقل الثلث) أي ان لم يتطاول يعتبر تصرفه من الثلث اذا كان صاحب فراش ومات منه في أيامه لانه من ابتدائه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت وان صار صاحب فراش بعد التطاول فهو كرض حادث به حتى تعتبر تبرعاته من الثلث والله أعلم بالصواب

﴿باب العتق في المرض﴾

قال رحمه الله (تحرير المرض ومحاباته وهبته ووصية) أي حكم هذا التصرفات حكم الوصية حتى تعتبر من الثلث ومزاحمة أصحاب الوصايا في الضرب لا حقيقة الوصية لان الوصية بحجاب بعد الموت وهذه التصرفات منجزة في الحال وانما اعتبرت من الثلث لتعلق حق الورثة بماله فصار محجورا عليه في حق الزائد على الثلث وكذا كل تصرف يتمد المرض يحجابه على نفسه كالضمان والكفالة فهو في حكم الوصية لانه تبرع كلهبة وكل ماأوجبه بعد الموت فهو من الثلث وان أوجبه في حال صحته اذا لمتعتبر حالة الاضافة لا حالة العقد ومانفذ من التصرف كالعتق والهبة فالمعتبر فيه حالة العقد ان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فهو من الثلث وكل مرض يرأمنه فهو ملحق بحال الصحة لان حق الورثة والغرماء لا تتعلق بماله الا في مرض موته وبالبرء تبين أنه لم يمرض الموت فلا حق لاحد في ماله قال رحمه الله (ولم يسع ان أجيز) أي اذا أجازت الورثة العتق في المرض فلا سعاية على المعتق لان العتق في المرض وصية على ماسياتي وهي تجوز بأربعين من الثلث باجازة الورثة فلا يلزمه شيء لان المنع منهم فيسقط بالاجازة على ماسيأتي قال رحمه الله (فان حابى فخيرفيه أحر وبعكسه استويا) أي اذا حابى ثم أعتق فالمحاباة أولى وان أعتق ثم حابى فهما سواء وهو المراد بقوله وبعكسه استويا وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله هما سواء في المسئلتين والاصل فيه أن الوصايا اذا لم يكن فيها ماجاوز الثلث فكل واحد من أصحاب الوصايا يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض الا العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح سواء كان مطلقا أو مقيدا والمحاباة في المرض بخلاف ماذا فال اذا مت فهو حر بعد موتي بيوم والمعنى فيه أن كل ماكون منفذا عقيب الموت من غير حاجة الى التنفيذ فهو في المعنى أسبق مما يحتاج الى تنفيذه بعد الموت والترجيح يقع بالسبق لان ماينفذ بعد الموت من غير تنفيذ يتزل منزلة الدين فان صاحب الدين يتقرب باسقاط دينه اذا ظفر بجنس حقه وفي هذه الاشياء يصير مستوفيا بنفس الموت والدين مقدم على الوصية فكذا الحق الذي في معناه وغيرها من الوصايا قد تساوت في السبب والتساوي فيه يوجب التساوي في الاستحقاق فاذا ثبت هذا فهما يقولان ان العتق أقوى لانه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها الفسخ ولا معتبر بالتقديم في الذكر لانه لا يوجب التقديم في الثبوت الا اذا اتحد المستحق واستوت الحقوق على مايجيء بيانه وأبو حنيفة رضي الله عنه يقول ان

(قوله حتى يأخذا الشفيع) أي بالشفعة اه (قوله وعلكه) أي البيع بالمحاباة اه (قوله بخلاف الوصية بالجم الخ) قال الاتقاني ووجه قول أبي حنيفة أن هذه وصية لعبد يشتري بمائة لان الموصى سمح بذلك فصار الموصى له عبد قيمته مائة لا أقل من مائة ولو اشترى عبدا قيمته أقل من المائة فأعتق يلزم من ذلك صرف وصيته لغير مستحقها اه (قوله ولو أوصى بأن يشترى بكل ماله الخ) قال في الجمع ولو أوصى أن يشترى بكل ماله عبد فاعتق فلم يجز فهي باطلة وقال يشترى بالثلث اه (قوله لان حق ولي الجناية مقدم الخ) اعلم أن العبد اذا جنى جناية خطأ فحكمه الدفع أو الفداء ثم العبد الموصى له بعتقه اما جنى جناية بعد موت الموصى كان الورثة بالخيار ان شاؤا دفعوه بالجناية وان شاؤا فدوه فان دفعوه بطلت الوصية لان الدفع يبطل حق المالك لو كان حيا فكذلك يبطل حق من يتلقى الملك من جهته وهو الموصى له لانه لا حق للموصى له بما يبع بعد موته بسبب الدين أن الوصية تبطل فكذلك ههنا مع انه بطل ان حق أولياء الجناية مقدم على حق المالك فكذلك يقدم على حق من يتلقى الملك من المالك وان اختاروا الفداء كانت الدية عليهم

المحاباة أقوى لانها ثبتت في ضمن عقد المعاوضة فكانت تبرعا معناها البيع حتى يأخذ الشفيع وعلكه العبد والصبي المأذون لهما والاعتاق تبرع صيغة ومعنى فاذا وجدت المحاباة لا ولا دفعت الاضعف واذا وجد العتق أولا وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورة المزاحمة وعلى هذا قال أبو حنيفة رحمه الله اذا حابى ثم أعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما أصاب محاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان ولو أعتق ثم حابى ثم أعتق قسم الثلث بين العتق الاول وبين المحاباة وما أصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني ولا يقال إن صاحب المحاباة ينبغي أن يسترد ما أصاب العتق الذي بعده في المسئلتين لكونه أولى منه لانا نقول لا يمكن ذلك لانه يلزم منه الدور بيانه أن صاحب المحاباة الاولى لو استرد من المعتق لكون أولى لاسترد من المعتق لكون صاحب المحاباة الثاني لاستوائهما ثم استرد المعتق لانه يساوي صاحب المحاباة الثاني وفي المسئلة الثانية لو استرد صاحب المحاباة ما أصاب المعتق الثاني لاسترد منه المعتق الاول لانه يساويه ثم استرده صاحب المحاباة وهكذا الى ما لا يتناهى والسبيل في الدور قطعه وعند هما العتق أولى في الكل فلا يرد السؤال عليهما قال رحمه الله (واذا أوصى بأن يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم تنفذ بخلاف الخ) وهذا قول أبي حنيفة رضي الله عنه في العتق وقالا يعتق عنه بما بقي لانه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما أمكن قياسا على الوصية بالحج ولهما أنه وصية بالعتق لعبد يشترى بمائة فمن ماله وتنفيذها هين يشترى بأقل من مائة تنفيذ في غير الموصى له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانها قربة محضة هي حق الله تعالى والمحض لم يتبدل وصار كما اذا أوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع اليه الباقي وقيل هذه المسئلة مبنية على أصل آخر مختلف فيه وهو أن العتق حق الله تعالى عند هما حتى تقبل الشهادة فيه من غير دعوى فرد يتبدل المحض وعنده حق العبد حتى لا تقبل فيه الشهادة من غير دعوى فاختلف المبنى وهذا البناء صحيح لان الاصل ثابت معروف ولا سبيل لانكاره ولو أوصى بأن يشترى بثلث ماله وهو ألف عبد فعتق منه فاذا هو ألفان من ذلك فالوصية باطلة قيل هذا قول أبي حنيفة رحمه الله وان كان قول الكل فالفرق لهما أن الوصية هنا وقع الشك في صحتها فلا تصح بالشك ولا كذلك مسئلة الكتاب لانها كانت صحيحة فلا تبطل بالشك ولو أوصى بأن يشترى بكل ماله عبد فيعتق بطلت الوصية عنده قال رحمه الله ويعتق عبد فمات فجنى ودفع بطلت) أي اذا أوصى بعتق عبده فمات المولى فجنى العبد ودفع بالجناية بطلت الوصية لان الدفع قد سبق لان حق ولي الجناية مقدم على حق الموصى فكأنه أعلى حق الموصى له وهو العبد نفسه لانه يتلقى الملك من جهة الموصى وملك الموصى باق الى أن يدفع به أو يرول ملكه فاذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الوصي أو ورثته بعد موته بالدين قال رحمه الله (وان فدى لا) أي لا تبطل الوصية ان فداه الورثة وكان الفداء في أموالهم لانهم هم الذين التزموه وجازت الوصية لان العبد طهر عن الجناية فصار كأن لم يجن قال رحمه الله (وبثلثه لو ترك عبدا آخر وفي زيد عتقه في صحته والوارث في مرضه فالقول للوارث ولا شيء لزيد الا أن يفضل من ثلثه شيء أو يبرهن على دعواه) أي اذا أوصى بثلث ماله لزيد وله عبد وأقر الموصى له الوارث أن الميت أعتق هذا العبد فقال الموصى له أعتقه في الصحة وقال الوارث أعتقه في المرض ذكر في نفقول قول الوارث ولا شيء للموصى له الا أن يفضل من الثلث شيء أو تقوم البينة أن العتق كان في الصحة لان الموصى له يدعي استحقاق ثلث ماله سوى العبد لان العتق في المرض وصية ليس بوصية فينفذ من جميع المال والوارث ينكر استحقاقه ثلث ماله غير العبد لان العتق في المرض وصية وهو مقدم على غيره من الوصايا فاذهب الثلث بالعتق فبطل حق الموصى له بالثلث فكان منكرا لاستحقاق والقول للمنكر مع اليمين ولان العتق حادث والحوادث تضاف الى أقرب الاوقات للتيقن بها فكان الظاهر

في حالهم لالتزامهم جرائرت وصية له مبهاة العبد بالفداء عن الجناية فصار كأنه لم يجن اه اتقاني (قوله لانه العبد طهر من الطهارة اه اتقاني

شاهدا الورثة فيكون القول قولهم مع اليمين ولا شئ للموصى له الا أن يفضل من الثلث شئ من قيمة العبد لانه لا من احمله فيه فيسلمه ذلك أو تقوم البينة أن العتق وقع فى الصحة فيكون له ثلث جميع المال سوى العبدان الثابت بالبينة كالثابت معاينة والموصى له خصم بالاجماع لانه يثبت حقه وكذا العبد أما عند أبى حنيفة رحمه الله فظاهر لان العتق حق العبد على ما عرف من مذهبه فيكون خصما فيه لاثبات حقه وأما عندهما فلان العتق فيه حق العبد وان كان حقا لله تعالى فيكون بذلك خصما وهو تعليل حد القذف فانه حق الله وفيه حق المقذوف فيكون خصما لذلك وكذا السرقة الحد فيها حق الله تعالى واسترداد المال حق العبد فلا يتم من خصومته حتى يقطع السارق قال رحمه الله (ولو أدى رجل دينا أى على الميت (والعبد عتقا) أى فى الصحة ولا مال له غيره (فصدقهما الوارث سعى فى قيمته وتدفع الى الغريم) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله يعتق ولا يسعى فى شئ لان الدين والعتق فى الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث فى كلام واحد فصارا كأنهما وجدا معا أو ثبت ذلك بالبينة والعتق فى الصحة لا يوجب السعاية وان كان على المعتق دين وله أن الاقرار بالدين أقوى من الاقرار بالعتق ولهذا يصح اقراره بالدين من جميع المال وبالعتق من الثلث والاقوى يدفع الادنى فصار كاقرار المورث نفسه بان أدى على رجل دينا وعبده عتقا فى صحته فقال فى مرضه صدقتما فانه يعتق العبد ويسعى فى قيمته فكذا هذا وقضية الدفع أن يبطل العتق فى المرض أصلا الا أنه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فدفع من حيث المعنى بايجاب السعاية عليه ولان الدين أسبق فلا مانع له من الاستناد فيستند الى حالة الصحة ولا يمكن استناد العتق الى تلك الحالة لان الدين يمنع العتق فى حالة المرض مجانا فتجب السعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات وترك ألف درهم فقال الرجل لى على الميت ألف درهم دين وقال آخر هذا الالف لى كان لى عنده وديعة فعنده الوديعة أقوى وعندهما هما سواء كذا فى الهداية وقال فى النهاية ذكر فى الاسلام والكيسانى الوديعة أقوى عندهما لا عندهما عكس ما ذكر فى الهداية ثم قال وذكر فى المنظومة ما يؤيد ما ذكر فى الاسلام والكيسانى فقال

لو ترك ألفا وهذا يدعى ٭ دينا وذاك قال هذا مودعى

والابن قد صدق هذين معا ٭ اسنو يا أعطيا من أودعا

وجه قول من يقدم الوديعة أن الوديعة ثبتت فى عين الالف والدين ثبت فى الذمة أولا ثم انتقل الى العين فكانت الوديعة أسبق فكان صاحبها أحق كما لو كان الموروث حيا فقال صدقتما ووجه قول من سوى بينهما أن الوديعة لم تظهر الا مع الدين فيستويان فيه فيتحاصان فيه كما لو أقر بالدين ثم بالوديعة بخلاف اقرار الموروث نفسه لان اقراره بالدين يثبت فى الذمة وبالوديعة يتناول العين فيكون صاحبها أولى لتعلق حقه بها واقرار الوارث بالدين يتناول عين التركة كاقراره بالوديعة يتناول العين فافترقا وصاحب الكافى ضعف أيضا ما ذكره فى الهداية وحمل الاصح خلافه قال رحمه الله (وبحقوق الله تعالى فتسقط الفرائض وان أخرها كالحج والزكاة والكفارات) لان الفرض أهم من النفل والظاهر منه البداية بالاهم قال رحمه الله (وان تساوت فى القوة بدئ بما بدأ به) لان الظاهر من حال المرء أن يبدأ بما هو الاهم عنده والثابت بالظاهر كالثابت نصا فصار كأنه نص على تقديمه باعتبار حاله تتقدم الزكاة على الحج لتعلق حق العبد بها وعن أبى يوسف رحمه الله أن الحج يقدم عليها لانه يقام بالمال والبدن والزكاة بالمال فقط فكان الحج أقوى وهو قول محمد رحمه الله وهما يقدمان على الكفارات لرجحانها عليها لانه قد جاء الوعيد فيهما ما لم يأت فى غيرهما قال الله تعالى والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها فى سبيل الله فبشرهم بعذاب أليم وقال تعالى فتكوى بها جباههم وجنوبهم وقال تعالى ومن كفر فان الله غنى عن العالمين مكان قوله ومن ترك الحج الى غير ذلك من النصوص والاخبار الواردة فيهما وكفارة القتل والظهار واليمين

(قوله فيكون القول قولهم مع اليمين) فيحلف بالله ما أعتقه فى الصحة وأعتقه فى المرض اه غاية البداية

مقدمة على صدقة الفطر لانه عرف وجوبها بالكتاب دون صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة على الاضحية للاتفاق على وجوبها دون الاضحية وعلى هذا القياس يقدم الاقوى فالاقوى حتى تقدم كفارة القتل على كفارة الظهار واليمين لانها أقوى وأكثر تغليظا منهما الا ترى أن الاسلام شرط فى الصرعنها ومنهما ثم تقدم كفارة اليمين على كفارة الظهار لانها تجب بهتك حرمة اسم الله تعالى وكفارة الظهار وجبت بايجاب حرمة على نفسه فكانت كفارة اليمين أغلظ وأقوى ودونهما وليس وواجب قدم منه ما قدمه الموصى لما بينا والاصل فيه أن الوصايا اذا اجتمعت لا يقدم البعض على البعض الا العتق والمباداة على ما بينا من قبل ولا معتبر بالتقديم ولا بالتأخير مما ينص عليه ولهذا لو وصى لجماعة على التعاقب يستوون فى الاستحقاق ولا يقدم أحدعلى أحد غير أن المستحق اذا تحدد بموت الثلث بالوصايا كلها يقدم الاهم فالاهم باعتبار أن الموصى يبدأ بالاهم عادة فكون ذلك كالتنصيص عليه لان من عليه قضاء صلاة أو صوم أو حج لا يشتغل بالنفل من ذلك الجنس وبترك الفضائل عادة ولو فعل ذلك نسب الى الخفة فاذا كان كذلك فلو أوصى لآدمى مع الوصايا بحقوق الله تعالى وكان الآدمى معينا قسم الثلث على جميع الوصايا بما كان فقد وما كان لله بدئ فأصاب القرب صرف على القرب الذى ذكرناه ويقسم على عدد القرب ولا يجعل الجميع كوصية واحدة لانه اذا كان المقصود بجميعها وجه الله تعالى فكل واحد منها فى نفسها مقصودة فتنفرد كما تنفرد وصايا الآدميين فتكون كل جهة منها مستحقة بانفرادها ثم تجمع فيقدم فيها الاهم فالاهم على ما بينا وان كان الآدمى غير معين بان أوصى بالصدقة على الفقراء فلا يقسم بل يقدم الاقوى فالاقوى لان الكل يبقى حقا لله تعالى اذا لم يكن ثم مستحق معين قال رحمه الله (وبجمعة الاسلام أحجوا عنه رجلا من بلده يحج رأكبا) أى اذا أوصى بجمعة الاسلام أحجوا عنه رجلا من بلده يحج عنه راكبا لان الواجب عليه أن يحج من بلده فيجب عليه الاحجاج كما وجب لان الوصية لا داء ما هو الواجب عليه واعا شرط أن يكون راكبا لانه لا يلزمه أن يحج ماشيا فوجب عليه الاحجاج على الوجه الذى لزمه قال رحمه الله (والا لم حيث يبلغ) أى ان لم يبلغ الثلث النفقة اذا أحجوا عنه من بلده أحجوا عنه من حيث يبلغ والقياس أن لا يحج عنه لانه أوصى بالحج على صفة وقد عدمت تلك الصفة فيه ولكن جاز ذلك استحسانا لان مقصوده تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما أمكن ولا يمكن على هذا الوجه فيؤتى بها على وجه يمكن وهو أولى من ابطاله بخلاف العتق وقد فرقنا بينهما فيما اذا أوصى بأن يشترى عبد بمائة قدره فضاع بعضه على قول أبى حنيفة رحمه الله قال رحمه الله (ومن خرج من بلده ماجاوزات فى الطريق وأوصى بأن يحج عنه يحج عنه من بلده) وان أحجوا عنه من موضع آخر فان كان أقرب من بلده الى مكة فحسنوان كان أبعد لا ضمان عليهم لانهم فى الاول لم يخالفوا مقصوده بصفة الكمال والاطلاق يقتضى ذلك وفى الثانى حصلوا مقصوده وزيادة وهذا عند أبى حنيفة وأما عيجب عنه من حيث مات استحسانا لان سفره بنية الحج وقع قربة فوسط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع أجره على الله تعالى لقوله عز وجل ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله ورسوله الآية وايقاع سفره موته بل يكتب له حج مبرور فيجب أمن ذلك المكان كما لو مات أهل ذلك المكان بخلاف ما اذا خرج من بيته لتجارة لان سفره لم يقع قربة فيجب عنه من بلده ولابى حنيفة رحمه الله أن الوصية تنصرف الى حج من بلده لانه الواجب عليه على ما قررناه وعمله قد انقطع بالموت لقوله عليه الصلاة والسلام كل عمل ابن آدم ينقطع عنه الا الثلاث الحديث والمراد بالمنقطع حق أحكام الآخرة من الثواب وهذا الخلاف فيمن له وطن أو لا ممن لا وطن له فيجب عنه من حيث مات بالاجماع لانه لو حج بنفسه انما كان يتصور من حيث هو فكذا ذا حج غيره لان وطنه حيث حل قال رحمه الله (والحاج عن غيره مثله) أى المأمور بالحج عن الغير فيما يرجع عنه فعلت فى الطريق فحكمه حكم الحاج عن نفسه اذا مات فى الطريق حتى يحج عنه ثلثا من وطنه عند أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما من حيث مات الاول وقد ذكرناها فى كتاب الحج والله سبحانه وتعالى أعلم

(قوله ولا يجعل الجميع كوصية واحدة) أى بأن قال ثلث مالى فى الحج والزكاة والكفارة ولو زيد يقسم على أربعة أسهم لان كل جهة غير الاخرى ولا يقدم الفرض على حق الآدمى لحاجة العباد اليه ثم انما يصرف الثلث الى الحج الفرض والزكاة والكفارات اذا أوصى بها فاما بدون الوصية فلا يصرف الثلث اليها بل تسقط عند خلاف الشافعى على ما مر فى الزكاة واذا أوصى بعشرين من الثلث لمتعلق حق الورثة بماله فى مرض الموت اه اتقانى (قوله فى المتن والا لا من حيث يبلغ) وذكر هشام عن محمد أنه قال لو أن انسانا قال أنا أحج عن ميت فهذا المال ماشيا لا يحل له ذلك ويحج من حيث يبلغ وبالاول المعروف أن يكونوا راكبا فالوصية انصرفت الى الحج المعروف اه اتقانى (قوله كأحد من أهل ذلك) لقطة من ليست فى نسخ الشارح اه (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم كل عمل الخ) الحديث اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث علم ينتفع به بعد موته وولد صالح يدعو له وصدقة جارية بعد موته والخروج للحج ليس من الثلاث اه اتقانى

(قوله في المتن جيرانه ملاصقوه) قال في الاملاء قال أبو حنيفة اذا أوصى فقال ثلث مالي لجيراني فالوصية لجيرانه الملاصقين لداره فكل دار كانت نازلة فالوصية لجميع من فيها من السكان وغيرهم عبيدا كانوا أو أحرارا نساء كانوا أو رجالا يستوي بينهم بالسوية ندبة كانوا أو مسلمين بالسوية قربت الابواب أو بعدت ان كانوا (٣٠٠) ملازقين الدار وقال أبو يوسف ومحمد الثلث لهؤلاء الذين ذكر أبو حنيفة ولغيرهم من الجيران من أهل المحلة ممن يضمهم مسجد واحد وجماعة واحدة ودعوة واحدة فهؤلاء جيرانه في كلام الناس فالثلث بينهم بالسوية الاثنى والذكر سواء والمسلم والكافر في ذلك كله سواء وقال في الزيادات عن أبي حنيفة اذا أوصى الرجل بثلث ماله لجيرانه فالقياس في ذلك أن يكون الثلث للسكان وغيرهم ممن يسكن تلك الدور التي يجب لاهلها الشفعة ومن كان منهم له دار من تلك الدور وليس ساكن فيها فليس من جيرانه (قوله وهذا عندنا أبي حنيفة) وقول زفر كقول أبي حنيفة اه غاية (قوله فبصر بكل من سمع النداء) قال القدوري في كتاب التقريب وقد قال هلال الرأي ان الجار من أسمعه المنادي لانه روي عن علي أنه قال لا صلاة لجار المسجد الا في المسجد فقيل له ومن جار المسجد قال من أسمعه المنادي قال وهذا ليس بشئ لانه لو جاز اعتبار الوصية بهذا الخافق في الشفعة اه اتقاني (قوله وقال الشافعي الخ) قال في وجيزه اذا أوصى لجيرانه أعطي أربعون وكذا جارا من أربعة جوانب أي من كل جانب أربعون (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم حق الجار أربعون دارا هكذا وهكذا) الحديث وقوله هكذا وهكذا قال العلماء انه خبر لا يعرف وراويه مطعون اه غاية (قوله صفية) صوابه جويرية كما ذكره أبو داود (قوله في المتن وأخته الخ) قال محمد في املائه اذا قال قد أوصيت لاختاني بثلث مالي فلأختانه زوج كل ذي رحم محرم منه وكل ذي رحم محرم من الزوج فهؤلاء أختانه فان كانت له أخت وبنت أخت وخالة ولكل واحدة منهن زوج وزوج كل واحدة منهن أرحام فكلهم بينهم أخماسا والثلث بينهم بالسوية الاثنى والذكر فيه سواء أتم الزوج وجدته وغير ذلك سواء اه اتقاني

قال رحمه الله (جيرانه ملاصقوه) وهذا عندنا أبي حنيفة رحمه الله وهو القياس لانه مأخوذ من المجاورة وهي الملاصقة ولهذا حمل عليه قوله عليه الصلاة والسلام الجار أحق بصقبه حتى لا يستحق الشفعة لغير الملاصق بالجوار ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع الا ترى أنه لا يدخل فيه جار المحلة وجار الاراضي وجار القرية وجب صرفه الى أخص الخصوص وهو الملاصق وفي الاستحسان وهو قولهما جار الرجل من يسكن محلته ويجمعهم مسجد المحلة لان الكل يسمون جارا عرفا وشرعا قال عليه الصلاة والسلام لا صلاة لجار المسجد الا في المسجد فصار بكل من سمع النداء ولان المقصود بالوصية للجيران أن يبرهم ويحسن اليهم واستحبابه ينتظم الملاصقين وغيرهم الا أنه لا بد من الاختلاط ليتحقق معنى الاسم والاختلاط عند اتحاد المسجد وقال الشافعي رحمه الله الجار الى أربعين دارا من كل جانب لقوله صلى الله عليه وسلم حق الجار أربعون دارا هكذا وهكذا ولهذا ضعيف عند أهل النقل فلا يمكن الاحتجاج به وبستوي في الجار الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي لان الاسم يتناول الكل ويدخل فيه العبد الساكن عنده لان مطلق هذا الاسم يتناوله ولا يدخل عندهما لان الوصية له وصية لمولاه وهو ليس بجار بخلاف المكاتب لان استحقاق ما في يده والاختصاص به ثبت له ولا يملك المولى الا بالتمليك منه الا ترى أنه يجوز له أخذ الزكاة وان كان مولاه غنيا بخلاف القن والمدبر وأم الولد والارملة تدخل لان سكناها مضاف اليها ولا تدخل التي لها بعل لان سكناها مضاف اليها وانما هي تبع فلم تكن جارا حقيقة (قال رحمه الله (وأصهاره كل ذي رحم محرم من امرأته) لما روي أنه عليه الصلاة والسلام تزوج صفية أعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها كراما لها وكانوا يسمون أصهارا الى اليوم (قوله صلى الله عليه وسلم وهذا التفسير اختيار محمد وأبي عبيد رحمهما الله وفي الصحاح الاصهار أهل بيت المرأة وكل بقيده بالمحرم وقال الفراء في قوله تعالى وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا النسب ما لا يحل نكاحه والصهر الذي يحل نكاحه كبنات العم والخال وأشباههن من القرابة التي يحل تزويجها وعن ابن عباس رضي الله عنهما خلاف ذلك فانه قال حرم الله تعالى من النسب سبعا حرمت عليكم أمهاتكم الى قوله وبنات الاخت ومن الصهر سبعا وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم الى قوله وأن تجمعوا بين الاختين قال في المغرب عقيب ذكره فالله الازهري وهذا هو الصحيح لا ارتياب فيه هذا وما ذكره في كتب اللغة وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان الكل أصهار وشرطه أن يموت وهي منكوحته أو معتدته من طلاق رجعي لا من بائن سواء وقت بأن أبانها في المرض أو لم تزل لان الرجعي لا يقطع النكاح والبائن يقطعه وقال الحلواني الاصهار في عرفهم كل ذي رحم محرم من نسائه التي يموت هو عن نسائه أو في عدتهن وفي عرفنا أو المرأة أحماؤها ولا يسمى غيرهما صهرا قال رحمه الله (وأختانه زوج كل ذي رحم محرم منه كزوج البنات والعمات وانخالات) لان الكل يسمى ختنا

وكذا كل ذي رحم محرم من أزواجهن لانهم يسمون أختانا وقيل هذا في عرفهم وفي عرفنا لا يتناول الا أزواج المحارم ويستوي فيه الحر والعبد قال رحمه الله (وأهل زوجته) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته غير مماليكه اعتبارا للعرف وهو مؤيد بالنص قال الله تعالى وأوتى بأهلكم أجمعين وقال تعالى فنجيناه وأهله الا امرأته والمراد من كان في عياله ولابي حنيفة رحمه الله أن الاسم حقيقة للزوجة بشهد بذلك النص والعرف قال الله تعالى وسار بأهله وقال لاهله امكثوا ومنه قولهم نأهل بلدة كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة المستعملة قال رحمه الله (وأهل بيته) لان الآل القبيلة التي ينسب اليها فيدخل فيه كل من ينسب اليه من قبل آبائه قال (وأصحاب أبيه في الاسلام الاقرب والابعد والذكر والانثى والمسلم والكافر والصغير والكبير فيصير اولا يدخل فيه أولاد البنات وأولاد الاخوات ولا أحد من قرابة أمه لانهم لا ينسبون الى أبيه وانما ينسبون الى آبائهم فكانوا من جنس اخر ومن أهل بيت آخر لان النسب يعتبر من الآباء قال رحمه الله (وجنسه أهل بيت أبيه) لان الانسان ينتمي بأبيه فصار كأنه بخلاف قرابته حيث يدخل فيه جهة الاب والام لان الكل ينسبون اليهما قال (فلا يختص بشئ منهم وكذا أهل بيته كلهم وجنسه فيكون حكمه حكمهم في جميع ما ذكرنا ويدخل فيه الاب والجد لان الاب أصل النسب والجد أصل نسب أبيه وقال في الكافي لو كان الاب الاكبر حيا لا يدخل تحت الوصية لان الوصية للمضاف لا للمضاف اليه ولو أوصت المرأة لجنسها أو لاهل بيتها لا يدخل فيها الاب وفيها ينسب الى أبيها لا الآن يكون أو من قوم أبيها قال رحمه الله (وان أوصى لاقاربه أو لذوي قرابته أو لارحامه أو لاتسابه فهي للاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل الوالدان في الولد والوارث وتكون للاثنين فصاعدا) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا الوصية لكل من ينسب الى أقصى أبيه في الاسلام وان لم يسلم بعد أن أدرك الاسلام أو أسلم على ما اختلف فيه المشايخ وفائدة الخلاف تظهر في مثل أبي طالب ولعلي رضي الله عنه اذا ولدت الوصية لاقرب باحد من أولاد علي فمن آمن منهم بالله تعالى وبالاسلام صرفه الى أولاد أبي طالب ومن شرط اسلامه صرفه الى أولاد علي رضي الله عنهم لا غير ولا يدخل أولاد عبد المطلب بالاجماع لانه لم يدرك الاسلام لهما أن الاسم يتناول الكل لان لفظة القريب حقيقة لكل ذهبي مشتقة من القرابة فيكون اسما لكل من قامت به فيتناول مواضع الخلاف ضرورة ولابي حنيفة رضي الله تعالى عنه أن الوصية أخت الميراث وفي الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب فكذا في أخته لان الاخت لا تخالف الاخت في الاحكام ولان المقصود من هذه الوصية تلافي ما فرط في اقامة الواجب وهو صلة الرحم والوجوب مختص بذي الرحم المحرم ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه فان كلا منهم قد يسمى بما ذكره والشافعي رحمه الله قيده بالاب الادنى ولا يدخل فيه قرابة الولد عندنا لانهم لا يسمون أقرباء عادة ومن سمى والده قريبا كان منه عفوا ذا القريب في عرف أهل اللغة من يقرب الى غيره بواسطة غيره وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره ولهذا عطف القريب على الوالدين في قوله تعالى الوصية للوالدين والاقربين والعطف للمغايرة ولو كانا منهم لما عطفوا عليهما ويدخل فيه الجد والجدة ولما قلنا في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أنهم لا يدخلون وقيل ما ذكرا ممن أنه يصرف الى أقصى أبيه في الاسلام كان في ذلك الزمان حين لم يكن في آباء الانسان الذين ينسبون الى أقصى أبيه في الاسلام كثرة فاما في زماننا ففيهم كثرة لا يمكن احصاؤهم فتصرف الوصية الى أولاد أبيه وجده وجد أبيه وأم أبيه وأم جده وجد أمه ولا تصرف الى أكثر من ذلك ويستوي الحر والعبد والمسلم والكافر والصغير والكبير والذكر والانثى على المذهبين وانما تكون للاثنين فصاعدا عنده لان المذكور فيه بلفظ الجمع وفي الميراث يراد به الجمع المثنى فكذا في الوصية لانها أخته قال الرازي عفوره بهذا ظاهر في الاقارب

(قوله أقصى أبيه في الاسلام وهو أول أب أسلم أو أول أب أدرك الاسلام وان لم يسلم اه (قوله من أولاد علي) يعني اذا أوصى على ما مر لاقربائه اه (قوله وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنهم لا يدخلون) لان الجد بمنزلة الاب والولد الولد بمنزلة الولد اه غاية

(قوله فكيف دخل وافيه هنا) والجواب أن المراد بالنسب حقيقة النسبة وهي ثابتة من الام كالاب ولا يلزم من نسبة الولد الى أبيه بالعمومة جميعا لجانبه انقطاعها عن الام اه (٢٠٤) (قوله بخلاف ما اذا أوصى لذي قرابته) قال في الكافي ولو أوصى لذي قرابته لا يشترط فيه الجمع لاستحقاق الكل حتى لو كان له عم وخالان فكله للعم عنده لان اللفظ للفرد فيصرف الى كلها لانه أقرب اه (قوله لقرابتهما مستويتان) الذي يخط الشارح لان قرابتهما مستويتان اه

﴿باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة﴾

لما فرغ عن بيان أحكام الوصايا التي تتعلق بالاعيان شرع في بيان أحكام الوصايا التي تتعلق بالمنافع وهي الاعراض وأخرها عن الاعيان لان الاعيان هي الاصل لكون العين قائمة بذاتها دون العرض اه اتقاني (قوله في المتن وتصح الوصية بخدمة عبده الخ) وليس للموصى له أن يخرج العبد من الكوفة الا أن يكون الموصى له وأهله في غير الكوفة فيخرجه الى أهله للخدمة هناك اذا كان يخرج من الثلث اه هداية يعني اذا أوصى رجل من أهل الكوفة بخدمة عبده لزيد مثلا فليس لزيد أن يخرج العبد من الكوفة الى موضع آخر ليستخدمه فيه الا أن يكون الموصى له وأهله في غير الكوفة فحينئذ يكون له أن يخرجه لان تنفيذ الوصية على حسب ما يعرف من مقصود الموصي فاذا كان الموصى له وأهله في مصر الموصى فمقصود الموصي أن يخدمه العبد في المصر بدون أن تلزمه مشقة السفر واذا كانوا في غير مصر الموصى فمقصوده أن يحمل العبد الى أهله ليخدمه عندهم وهذا هو المفهوم بدلالة الحال ولو أنه شرط أن يخدمه عند أهله بالاصالة كان للموصى له أن يخرجه الى أهله فكذا اذا علم عند أهله بالدلالة لان

(قوله فان كانه عما وخالان فهي لعمه) لانها أقرب كأبي الارث ولفظ الجمع يراد به المثنى في الوصية على ما بينا فيكتفي بهما وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما رحمهما الله تكون بينهم أرباعا لانهما لا يعتبران الاقرب قال رحمه الله (ولو عم وخالان كان له النصف ولهما النصف) أي ولو كان له عم وخالان كان للعم نصف ما أوصى به وللخالين النصف لان اللفظ جمع فلا بد من اعتبار معنى الجمع فيه وهو الاثنان في الوصية على ما عرف فيضم الى العم الخالان ليصير جمعا فيأخذ هو النصف لانه أقرب ويأخذان النصف لعدم من يتقدم عليهما فيه بخلاف ما اذا أوصى لذي قرابته حيث يكون جميع الوصية للعم لانه لفظ مفرد فيصرف الواحد جميع الوصية اذ هو الاقرب ولو كان له عم واحد لا غير كان له نصف الوصية لما بينا أنه لا بد من اعتبار الجمع فيه وورد النصف الى الورثة لعدم من يستحقه لان اللفظ جمع وأدناه اثنان في الوصية فيكون لكل واحد منهما النصف فلهذا يعطى له النصف والنصف الآخر وراثا في الورثة قال رحمه الله (ولو عم وعمة استويا) لان قرابتهما مستويتان ومعنى الجمع قد تحقق بهما فاستحقا حتى لو كان له أخوال معهما لا يستحقون شيأ لانهما أقرب ولا حاجة الى الضم اليهما لكمال النصاب بهما ولو تعدم المحرم بطلت الوصية لانه امتد تبهذا فلا بد من مراعاته وهذا كله عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما لا تبطل ولا يختص الاعلم بالوصية دون الاخوال لما عرف من مذهبهما قال رحمه الله (ولو لفلان للذكر والانثى على السواء) أي اذا أوصى لولد فلان فالوصية بينهم للذكر والانثى على السواء لان اسم الولد يشمل الكل وليس في اللفظ ما يقتضي التفضيل فتكون الوصية بينهم على السواء قال رحمه الله (ولورثة فلان للذكر مثل حظ الانثيين) أي اذا أوصى لورثة فلان كانت الوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين لان الاسم مشتق من الوراثة وهي بين أولاده وأخوته كذلك فكذا الوصية ولان التنصيص على الاسم المشتق يدل على أن الحكم يترتب على ما أخذ الاشتقاق فكانت هي العلة الا ترى أن الله تعالى لما نص على الوراثة بقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك ترتب الحكم عليها حتى وجبت النفقة بقدرها ثم شرط هذه الوصية أن يموت الموصى لورثته قبل موت الموصى حتى تعرف ورثته من هو حتى لو مات الموصى قبل موت الموصى لورثته بطلت الوصية بخلاف ما اذا أوصى لولده ولو كان مع الورثة موصى له أخرهم بينهم وبينه على عدد الرؤس ثم ما أصاب الورثة جمع وقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين والله أعلم

﴿باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة﴾

قال رحمه الله (وتصح الوصية بخدمة عبده وسكنى داره مدة معلومة وأبدا) لان المنافع يصح تمليكها في حالة الحياة بدل وبغير بدل فكذا بعد الممات لحاجته كما في الاعيان ويكون محبوسا على ملك الميت في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف ويجوز مؤقتا ومؤبدا كما في العارية فانها تمليك على أصلنا بخلاف الميراث فانه خلافة فيما يتملكه الموروث وتفسيرها أن يقوم الوارث مقام المورث فيما كان له وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض يفنى وكذا الوصية بغلة الدار والعبد جائزة لانها بدل المنفعة والجواز لوصية بها الحاجة وهي تشمل الكل اذ الموصى محتاج الى التقرب الى الله تعالى بما يقدر عليه وكذا الموصى له يحتاج الى قضاء حاجته بأي شئ كان

الثابت بالدلالة كالثابت بالصريح اه غاية (قوله ان لم يخرج من الثلث) وكان لا مال له غيره اه رازي (قوله فيخدمهم أثلاثا) في المبسوط والجامع للخراساني ونفقة العبد الموصى بخدمته وكسوته على صاحب الخدمة وبه قال الاصطخري وأحد قولي الشافعي وأحد في ظاهر مذهبهما على صاحب الرقبة وبه قال أبو بكر كعبد المستأجر لان النفقة مؤنة تجب على مالك الرقبة ولهذا تجب فطرته عليه وقلنا العبد لا يقوى على الخدمة الا بالنفقة فنفقته على من يخدمه كالمستعير فانه ينفق على المستعار ويمتنع وفي المنتقى لابن قدامة وهو الاصح أما لو أوصى بخدمة عبده صغير لا يقدر على الخدمة ويرقبه لآخر فنفقته على صاحب الرقبة حتى يدرك الخدمة فاذا استغل بالخدمة صارت نفقته على صاحب الخدمة لانه انما تكون النفقة عليه في حال الصغر لتعلق العين والمنفعة في ذلك لصاحب الرقبة اذ الاصل أن نفقة المملوك على المالك لان بصيرورة معدا للانتفاع الغير كالامة اذا زوجها وبوأها فنفقتها على الزوج (٣٠٣) وان لم يستوف الانتفاع نفقة على المولى (قوله ع

كان قال رحمه الله (فان خرج العبد من ثلثه سلم اليه يخدمه) لان حق الموصى له في الثلث لزوال الرقبة عنه قال رحمه الله (والا) أي وان لم يخرج من الثلث (خدم الورثة يومين والموصى له يوما) لان حقه في الثلث وحقهم في الثلثين كما في الوصية بالعين ولا يمكن قسمة العبد أجزاء لانه لا يتجزأ فصرنا الى المهايأة فيخدمهم أثلاثا هذا اذا كانت الوصية غير مؤقتة وان كانت مؤقتة وقت كالسنة مثلا فان كانت السنة غير معينة يخدم الورثة يومين والموصى له يوما الى أن يمضي ثلاث سنين فاذا مضت سلم الى الورثة لان الموصى له استوفى حقه وان كانت معينة فان مضت السنة قبل موت الموصى بطلت الوصية وان مات قبل مضيها يخدم الموصى له يوما والورثة يومين الى أن تمضي تلك السنة فاذا مضت سلم الى الورثة وكذا الحكم لو مات الموصى بعد مضي بعضها بخلاف الوصية بسكنى الدار اذا كانت لا تخرج من الثلث حيث يقسم عين الدار أثلاثا للانتفاع بها لامكان قسمة عين الدار أجزاء وهو أعدل للتسوية بينهما زمانا وذا تارة في المهايأة تقديم أحدهما زمانا ولو اقتسموا الدار مهايأة ثمن حيث الزمان يجوز أيضا لان الحق لهم الا ان الاول أولى لكونه أعدل وليس للورثة أن يبيعوا ما في أيديهم من ثلثي الدار لان حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار ظاهرا بأن ظهر للميت مال آخر تخرج الدار من الثلث وكذا له حق المزاحمة فيما في أيديهم اذا خرب ما في يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فيمنعون عنه وعن أبي يوسف رحمه الله لهم ذلك لانه خالص حقهم والظاهر الاول والمعنى ما بيناه قال رحمه الله (وجعوته بعود الى ورثة الموصي) أي بموت الموصى له يعود العبد أو الدار الى ورثة الموصي لانه أوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصي بغير رضاه وذلك غير جائز قال رحمه الله (ولو مات في حياة الموصي بطلت) أي لو مات الموصى له قبل موت الموصي بطلت الوصية لانها تمليك مضاف الى ما بعد الموت وفي الحال ملك الموصي ثابت فيه ولا تتصور تلك الموصى له بعد موته فبطلت قال رحمه الله (وبثمرة بستانه فمات وفيه ثمرة لم يدرك وان زاد أبدا الى هذه الثمرة وما يستقبل كنخلة بستانه) أي اذا أوصى بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة كان لهذه الثمرة وحدها وان قال لثمرة بستاني أبدا كان له هذه الثمرة وثمرة فيما يستقبل ما عاش وان أوصى له بغلة بستانه فله الغلة لقاعة وغلته فيما يستقبل خلافا له أنه اذا أوصى بالغلة استحقها تماما وبالثمرة لا يستحق الا القائم الا اذا زاد أبدا فحينئذ يصير كالغلة فيستحقها دائما وهو المراد بقوله وان زاد أبدا له هذه الثمرة وما يستقبل كنخلة بستانه أي اذا

أوصى بغلة عبده لرجل هل له أن يستخدمه بنفسه قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي اذا أوصى بغلة عبده لرجل فأراد الموصى له بالغلة أن يستخدمه بنفسه ليذكرها في ظاهر الرواية واختلف المشايخ فيه قال بعضهم له أن يستخدمه بنفسه وقال بعضهم ليس له ذلك لان الموصى أوصى له بالغلة لا بالخدمة قال الفقيه أبو الليث في كتاب نكت الوصايا فلو كان أوصى له بغلة الدار فأراد أن يسكن هو بنفسه ذهب هذا الفصل لم يذكر من أصحابنا المتقدمين واختلف المتأخرون فيه ذكر عن أبي بكر الاسكاف أنه كان يقول له ذلك وكان أبو بكر بن سعيد يقول ليس له ذلك أما من قال له ذلك لان غيره يكن له ولا يحله فاذا سكن بنفسه جاز أيضا وأما

من قال ليس له ذلك لان في ذلك ضررا على الميت لانه وآجره وأخذ الغلة فاوظهر على الميت دين يقضى الدين من تلك الغلة ولو سكن هو بنفسه لم يمكن أن يقضى من السكنى اه اتقاني قال شمس الائمة في شرح الكافي وليس للموصى له بسكنى الدار وخدمة العبد أن يؤاجر هما عندنا وقال الشافعي له ذلك لانه تملك المنفعة بعقد مضاف الى ما بعد الموت كتملك المنفعة في حال الحياة ولو تملك المنفعة بالاستئجار في حال الحياة ملك أن يؤاجر من غيره فكذلك اذا تملك المنفعة بالوصية بعد الموت وهذا لان المنفعة معتبرة بالعين وفي العين يصح الاعتياض عنه سواء تملك المنفعة بدل أو بغير بدل فكذلك يصح الاعتياض عن المنفعة اذا تملكها ولنا أن الموصى له يملك المنفعة بغير عوض ولا يصح تمليكها من الغير بعوض كالستعير فانه لا يملك الاجارة لانها تمليك بعوض فكذا هذا اه اتقاني وكتب هناعلى قوله وكان أبو بكر بن سعيد يقول ليس له ذلك ما نصه قال في الخلاصة وهو الاصح لان الغلة تزداد بالسكنى وهو استوفى بعض ما سلمت وهو استوفى المنافع وهي غيران منافع تتلف في حق الورثة فانه لو ظهر على الموصى دين أمكنهم استرداد الغلة واما العين ولا يمكنه استرداد المنفعة فانها تفكن هذا أولى اه

(قوله ولا تتناول المعدوم الابطريق زائد عليه) قال الاتقاني ولما الوجه الثالث فغير ظاهر لانا نمنع ثمرة مستانه أو يقال نمنع ذكر لفظ الابد وقع على الحادث والموجود جميعا وان لم يذكر الابد فان كان هناك ثمرة موجودة فعامة يقتصر على ذلك الثمرة الموجودة ولم يكن هناك ثمرة موجودة فالقياس أن تبطل كما ذكرنا في الصوف واللبن والولد وفي الاستحسان يقع على الحادث ويصير كالولد والموسى له مادام حيا فانما يحدث من الثمار (٣٠٤) يكونه واذا مات بطلت وصيته وعاد الى ورثة الميت والثمار القائمة تكون

زائد في الثمرة للفظة أبد اصار كما اذا أوصى بغلة بستانه من غير زيادة شئ حتى يستحق الموجود وما سيوجد فيه فيحتاج الى الفرق بينهما والفرق ان الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول المعدوم الا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الابد دلالة لا يتأبد الا بتناول المعدوم والمعدوم منذ كان وان لم يكن شيأ أما الغلة فتقتضي الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد أخرى عرفا يقال فلان باكل من غلة بستانه ومن غلة ارضه وداره فاذا أطلقت تتناول الموجود والمعدوم من غير توقف على دلالة أخرى وأما الثمرة فلا أطلقت براد بها الموجود ولا تتناول المعدوم الا بدليل زائد عليه وانما قيد بقوله وفيه ثمرة لانه اذا لم يكن في البستان ثمرة والمسئلة بحالها فهي كمسئلة الغلة في تناولها الثمرة المعدومة ما عاش الموصى له وانما كان كذلك لان الثمر اسم للموجود حقيقة ولا يتناول المعدوم الا مجازا فاذا كان في البستان ثمر عند موت الموصي صار مستعملا في حقيقته فلا يتناول المجاز واذا لم يكن فيه ثمرة يتناول المجاز ولا يجوز الجمع بينهما الا أنهما اذا ذكر لفظ الابد تناولهما علما بانه مع المجاز لا يجمعان بين الحقيقة والمجاز قال رحمه الله (وبصوف غنمه وولدها ولبنها للموجود عنده موته قال أبدا أو لا) أي اذا أوصى بهذه الاشياء كانه للموجود عند موته ولا يستحق ما يحدث بعد موته سواء قال أبدا أو لم يقل لان الوصية لا يجاب عند الموت فيعتبر وجود هذه الاشياء عنده فهذا هو الحرف لكن جازت الوصية في الغلة المعدومة والثمرة المعدومة على ما بينا لانها تستحق بغير الوصية من العقود كالزراعة والمعاملة فلأن تستحق بالوصية أولى لانها أوسع بابا من غيرها وكذا الصوف على الظهر واللبن في الضرع والولد الموجود في البطن يستحق بجميع العقود تبعا وبالطريق المقصود فكذا بالوصية لما ذكرنا وأما المعدوم منها فلا يستحق بشئ من العقود فكذا بالوصية بمسائل هذا الباب على وجوه ثلاثة منها ما يقع على الموجود والمعدوم ذكر الابد أو لم يذكر كالوصية بالخدمة والسكنى والغلة والثمرة اذا لم يكن في البستان شئ من الثمرة عند موته ومنها ما يقع على الموجود دون المعدوم ذكر الابد أو لم يذكر كالوصية باللبن في الضرع والصوف على الظهر والولد في البطن ومنها ما يقع على المعدوم والموجود ان ذكر الابد والا فعلى الموجود فقط كالوصية بثمرة بستانه وفيه ثمرة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿باب وصية الذمي﴾

قال رحمه الله (ذمي جعل داره بيعة أو كنيسة في صحته فمات فهي ميراث) لانه بمنزلة الوقف عندأبي حنيفة رحمه الله والوقف عنده لا يلزم فيورث فكذا هذا وأما عندهما فلأن هذا معصية فلا يصح وان كان قربة في معتقدهم بني اشكال على قول أبي حنيفة رحمه الله وهو أن هذا عندهم كما هو عند المسلمين والمسلم ليس له أن يبيع المسجد فوجب أن يكون الذمي فيما كذلك لانهم عندهم يتركون وما يعتقدون وجوابه أن المسجد محرز عن حقوق الناس وصار كالصدقة تعالى ولا كذلك البيعة في معتقدهم فانها لمنافع الناس لانهم يسكنون فيها ويدفنون فيها وما تهم فلم تصر محرزة عن حقوقهم فكان ملكه فيها ثابتا وفي هذه الصورة ورث المسجد أيضا على ما يجيء بيانه قال رحمه الله (وان أوصى بذلك لقوم سميين فهو من الثلث) أي اذا أوصى بأن تبنى داره بيعة أو كنيسة لناس معينين فهو باطل من الثلث لان الوصية

عند أبي حنيفة فلان مسلما لو وقف أرضا في صحته ثم مات صار ميراثا فكذلك هذا لان الوقف ليس بلازم حال الحياة فيها بخلاف ما اذا كان مضافا الى ما بعد الموت وأما عندهما فانما يورث لان الابنية عما لا يكون قربة بين المسلمين لا يصح عندهما (قوله لناس معينين) أي يحصى عددهم اه (قوله فهو جائز) أي بالاتفاق اه غاية وسيأتي في كلام الشارح آخر الفصل الآتية عند قوله وبنيها ما هو مختلف فيه اه

لما ذكر وصية المسلم ذكر وصية الذمي بعده لان الكفار ملحقون بالمسلمين في أحكام المعاملات بطريق التبعية اه اتقاني (قوله في المتن ذمي جعل داره الخ) معناه جعل ذلك في موضع لهم احداث البيع فيه كالقرى وكتب ما نصه قال في الهداية واذا صنع يهودي أو نصراني بيعة أو كنيسة في صحته ثم مات فهي ميراث قال الاتقاني وهذا قولهم جميعا ولكن على الاختلاف في المذهبين أما

فيه لمعنى الاستخلاف ومعنى التمليك فأمكن تصحيحها على اعتبار المعنيين قال رحمه الله (وبداره كنيسة لقوم غيرمسمين صحت كوصية حربي مستأمن بكل ماله لمسلم أوذمي) أي اذا أوصى ببداره أن تبنى كنيسة لقوم غيرمسمين صحت كما تصح وصية حربي الخ أما الاول وهو ما اذا أوصى بأن تبنى داره كنيسة لغير معين فهو قول أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما الوصية باطلة لان هذا معصية حقيقة وان كان في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لان في تنفيذها تقرير المعصية ولابي حنيفة رحمه الله أن هذه قربة في معتقدهم ونحن أمرنا بان نترکهم وما يدينون فيجوز بناء على معتقدهم الا ترى أنه لو أوصى بما هو قربة حقيقة وهو معصية في معتقدهم لا تجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذا عكسه ثم الفرق لابي حنيفة رضي الله عنه بين بنائها وبين الوصية بها ان البناء ليس بسبب لزوال الملك وانما يزول ملك الباني اذا صير محررا تعالى فصار كما في مساجد المسلمين والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى على ما بيناه فتورث عنه بخلاف الوصية لانها وضعت لازالة الملك غير أن ثبوت مقتضى الوصية وهو الملك امتنع فيما ليس بقربة عندهم فبقي فيما هو قربة عندهم على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث قال مشايخنا رحمهم الله هذا اذا أوصى ببنائها في القرى وأما في المصر فلا يجوز بالاتفاق لانهم لا يكادون من احداث البيعة في الامصار وعلى هذا الخلاف اذا أوصى بان تذبح خنازير ويطعم المشركون من غير تعيين لما ذكرنا وان كان لقوم معينين جاز بالاتفاق على أنه تمليك فحاصله أن وصايا الذمي ثلاثة أقسام منها ما هو جائز بالاتفاق وهو ما اذا أوصى بما هو قربة عندنا وعندهم كما اذا أوصى بان يسرج في بيت المقدس أو بأن تفرق الترك وهو من الروم سواء كان لقوم معينين أو غير معينين لانه وصية بما هو قربة وفي معتقدهم أيضا قربة ومنها ما هو باطل بالاتفاق وهو ما اذا أوصى بما ليس بقربة عندنا ولا عندهم كما اذا أوصى للمغنيات والنائحات أو أوصى بما هو قربة عندنا وليس بقربة عندهم كما اذا أوصى بالحج أو ببناء المساجد للمسلمين أو بان تسرج مساجدهم لانه معصية عندهم الا ان تكون لقوم بأعيانهم فتصح باعتبار التمليك ومنها ما هو مختلف فيه وهو ما اذا أوصى بما هو قربة عندهم وليس بقربة عندنا كبناء الكنيسة لقوم غير معينين فعندنا أبي حنيفة رحمه الله يجوز وعندهما لا يجوز وان كان لقوم معينين يجوز بالاجماع وقد ذكرنا هذا النوع في أول الباب فحاصله أن وصيته لقوم معينين تجوز في الكل على أنه تمليك لهم وما ذكرمن الجهة من تسريج المساجد ونحوه مخرج منه على طريق المشورة لا على طريق الالزام حتى لا يلزمهم أن يصرفوه في الجهة التي عينها هو بل يفعلون به ما شاؤا لانه ملكهم والوصية انما صحت باعتبار التمليك لهم وصاحب الهوى اذا كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم لانا أمرنا بامضاء الاحكام على ظاهر الاسلام وان كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته قال صاحب الهداية في المرتد الاصح أنه تصح وصاياه لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل أو يسلم فجعلها كالذمية وقال السغناقي في النهاية وذكر صاحب الكتاب في الزيادات على خلاف هذا وقول بعضهم لا تكون بمنزله الذمية وهو الصحيح حتى لا تصح منها وصية والفرق بينها وبين الذمية أن الذمية تقر على اعتقادها وأما المرتدة فلا تقر على اعتقادها قال الراجي عفو ربه الاشبه أن تكون كالذمية فتجوز وصيتها لانها لا تقتل ولهذا يجوز جميع تصرفاتها فكذا الوصية كأنه أراد بقوله صاحب الكتاب صاحب الهداية وذكر العتابي في الزيادات أن من ارتد عن الاسلام الى النصرانية أو اليهودية أو المجوسية فحكم وصاياه حكم من انتقل اليهم فحاصله منهم صح منه وهذا عندهما وأما عند أبي حنيفة رضي الله عنه فوصيته موقوفة ووصايا المرتدة نافذة بالاجماع لانها لا تقتل عندنا وقال قاضيخان المرتدة الصحيح أنها كالذمية فيجوز منها ما يجوز من الذمية ومالا فلا وأما الثاني وهو ما اذا أوصى الحربي لمسلم فلانه أهل للتمليك منجزا كالهبة ونحوها فكذا مضافا ولو أوصى بأكثر من الثلث أو بماله كله جاز لان امتناع الوصية بما زاد على

(قوله فى المتن أوصى الى رجل الخ) وانما قلنا ان قبول الوصى بعد فى حال حياة الموصى لان تصرف الوصى يقع لمنفعة الموصى فلو وقف القبول ولم يرد على الموت لم يؤمن أن يموت (٣٠٦) الموصى ولم يسند وصيته الى أحد فيكون فى ذلك اضرار به فلذلك جوزوا القبول

فى حال حياته دون ما بعد موته لانه لا يجوز قبول الموصى له لانه لا يجوز الايعاب الموت لان الاستحقاق هنالك انما هو لحق الموصى له فلم يفتقر الى تقدم القبول على الموت اه اتقانى (قوله كقبوله نصا) والقياس أن لا يجوز بيعه ولا يكون وصيا وهو قول زفر كذا قال زفر الائمة ثلاثة قاضيخان قال الفقيه أبو الليث فى كتاب تكث الوصايا ولو أن الموصى مات ولم يقبل الوصى حتى باع شيأ من تركته كان ذلك قبولا منه لان الوصاية لان القبول يكون مرة بالدلالة ومرة يكون بالاقتضاء اه اتقانى (قوله سواء علم بالايصاء أو لم يعلم) قال فى المتن فى مسائل شتى قبيل كتاب الشهادة ومن أوصى اليه ولم يعلم بالوصية فهو وصى (قوله فى المتن لا أقبل) من بعد هذا الى آخر قوله فى الشرح فكان له اخراجه ملحق ليس فى خط الشارح اه (قوله وضرر الوصى فى الابقاء الخ) هذا جواب سؤال مقدر بأن يقال كما يلزم الضرر بالميت فى بطلان الايصاء بقوله لا أقبل يلزم الضرر بالوصى فى بقاء الايصاء ولزومه لانه يعجز عن القيام بذلك فلم تحملتم ضرر الموصى دون ضرر الموصى حيث قلتم لا يبطل الايصاء بقوله لا أقبل فقال لما لم يمكن دفع الضرر عن جميعا لابد من أن يتحمل أدنى الضررين لدفع الضرر الاعلى والاعلى هنا ضرر الميت لان ضرره ليس بمحبوس بشئ وضرر الوصى محبوس بالثواب فتحمل الادنى لدفع الاعلى اه اتقانى (قوله فى المتن والى عبد) المراد منه الوصية الى عبد غيره لان الوصية الى عبد نفسه تجئ بعد هذا اه غاية

الثلث حق الورثة وليس لورثته حق مرعى لانهم أموات فى حقنا ولان حرمة ماله باعتبار الامان والامان كان لملفه لا لحق ورثته وقد أسقط حقه فيجوز وقيل اذا كان ورثته معه لا يجوز بأكثر من الثلث الا باجازتهم لانعدام التزام أحكامنا فصار كالذمى ولو أوصى ببعض ماله أخذت الوصية ورد الباقى الى ورثته وكذا لو أوصى الى مستأمن مثله ولو أعتق عبده عند الموت أو دبره جاز ذلك كله من غير تقييد بالثلث لما بينا وكذا لو أوصى له مسلم أو ذمى بوصية جاز لانه مادام فى دار الاسلام فهو كالذمى فى المعاملات ولهذا تصح عقود التمليكات منه وتبرعاته فى حال حياته فكذا بعد مماته وعن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وصية المسلم والذمى للحربى المستأمن لا تجوز لانه فى حكم دارهم حكما حتى يتكن من الرجوع اليها فصارت كالارث والاول أظهر لان الوصية تمليك مبتدأ ولهذا يجوز للذمى والعبد بخلاف الارث ولو أوصى الذمى بأكثر من الثلث أو لوارثه لا يجوز كلهم لانهم التزموا أحكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات ولو أوصى بخلاف ملته جاز اعتبارا بالارث اذا الكفر كله ملة واحدة ولو أوصى لحربى فى دار الحرب لا يجوز لان الارث يمتنع لتباين الدارين فكذا الوصية لانها أخته وعلى رواية الجامع الصغير ينبغى أن يجوز كالمسلم ولو أوصى لمستأمن فى دار الاسلام ينبغى أن يكون على الروايتين المذكورتين فى المسلم والله أعلم بالصواب

﴿ باب الوصى ﴾

قال رحمه الله (أوصى الى رجل فقبل عنده وردّ عنده يرتد) أى عند الموصى لان الموصى ليس له ولاية الزامه التصرف ولا غرور فيه لانه يمكنه أن يوصى الى غيره قال رحمه الله (ولا الا) أى ان لم يرتد عند بل رد فى غيره وجهه لا يرتد لان الموصى مات معتمدا عليه فلو صح رده فى غيره وجهه لصار مغرورا من جهته فيرتد رده فيبقى وصيا على ما كان كالوكيل اذا عزل نفسه فى غيبة الموكل ولو لم يقبل ولم يرتد حتى مات الموصى فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء رد لان الموصى ليس له ولاية الزامه فبقى مخيرا قال رحمه الله (وبيعه الترك كقبوله) أى بيع الوصى الترك قبل قبول الوصية كقبوله نصا لانه دلالة الالتزام فصار قبولا وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من الوصى سواء علم بالايصاء أو لم يعلم بخلاف الوكيل حيث لا يكون البيع من غير علم قبولا لان التوكيل بإنابة المتبوعة فى حال قيام ولاية الموكل فلا يصح من غير علم كانابات الملك بالبيع والشراء فلا بد من العلم وطريق العلم به أن يخبره واحد من أهل التمييز وقد ذكرناه فيما تقدم أما الايصاء فخلافه لانه مختص بحال انقطاع ولاية الميت فلا يتوقف على العلم كالولاية قال رحمه الله (وان مات فقال لا أقبل ثم قبل صح ان لم يخرجه قاض مذ قال لا أقبل) أى الموصى اليه ان لم يقبل حتى مات الموصى فقال لا أقبل ثم قال أقبل فله ذلك ان لم يكن القاضى أخرجه من الوصية متعينن قال لا أقبل لان مجرد قوله لا أقبل لا يبطل الايصاء لان فيه مضرة بالميت وضرر الوصى فى الابقاء محبوب بالثواب ودفع الضرر الاقوى وهو أعلى أولى الا أن القاضى اذا أخرجه عن الوصية بصير ذلك لانه مجتهد فيه فكأنه أخرجه بعد قوله لا أقبل كما أنه اخراجه بعد قبوله لانه نصب ناظرا فاذا رأى غيره أصلح كان له عزله ونصب غيره وربما عجز هو عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصية فيدفع القاضى الضرر عنه وينصب حافظا لمال الميت متصرفا فيه فيندفع الضرر من الجانبين ولو قال أقبل بعد ما أخرجه القاضى لا يلتفت اليه لانه قبل بعد ما بطلت الوصية باخراج القاضى اياه قال رحمه الله (والى عبد وكافر وفاسق

قوله وقيل في العبد باطلة الخ) ذكر محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن أبي حنيفة في المسلم يوصي الى الذمي قال الوصية باطلة وكذلك ان وصى الى عبد غيره فالوصية باطلة الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير وذكر محمد في الاصل واذا أوصى الى عبد غيره فالوصية باطلة وان أجاز مولاه وقال في الاصل أيضا واذا أوصى المسلم الى ذمي أو الى حربي مستأمن أو غير مستأمن فهو باطل وقال في الاصل أيضا واذا أوصى الى فاسق متهم محفوف على ماله فالوصية باطلة ثم اختلف المشايخ في معنى البطلان أصلا أم معناه سيبطل قال الفقيه أبو الليث في كتاب نكت الوصايا وفي شرحه للجامع الصغير معناه سيبطل والذهب القدوري وفخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير وعليه عامة المشايخ وقال بعضهم انه باطل أصلا واليه ذهب شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي وذلك لان الوصية ولاية والردة مناف الولاية ولانه عاجز عن تحصيل مقصود الموصي لان منافعه لمولاه فالظاهر أنه يمنعه من التبرع به على غيره وكذلك بعد اجازته لان هذا بمنزلة الاعارة منه للعبد فلا يتعلق به اللزوم فاذا رجع عنه كان عاجزا عن التصرف (٢٠٧) وأما الوصية الى الكافر فلان في الوصية

محل بغيرهم) أي اذا أوصى الى هؤلاء المذكورين أخرجهم القاضي ويستبدل غيرهم مكانهم وذكر القدوري رحمه الله أن القاضي يخرجهم عن الوصية وهذا يدل على أن الوصية صحيحة لان الاخراج يكون بعد الدخول وذكر محمد رحمه الله في الاصل أن الوصية باطلة قيل معناه ستبطل وقيل في العبد باطلة لعدم الولاية على نفسه وفي غيره معناه ستبطل وقيل في الكافر باطلة أيضا لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج أن أصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية الفاسق على نفسه وعلى غيره على ما عرف من أصلنا وولاية الكافر في الجملة الا أنه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على اجازة مولاه وتمكنه من الطرء بعدها والمعاداة الدينية الباعثة على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجهم القاضي عن الوصية ويقيم غيرهم مقامهم اتماما للنظر وشرط في الاصل أن يكون الفاسق مخوفا منه على المال لانه يكون عذرا في اخراجه وتبديله بغيره بخلاف ما اذا أوصى الى مكاتبه أو مكاتب غيره حيث يجوز لان المكاتب في منافعه كالحر وان عجز عند ذلك فالجواب فيه كالجواب في القن والصبي كالقن فالوطء الصبي وعتق العبد وأما الكافر لم يخرجهم القاضي عن الوصية قال رحمه الله (وان أوصى الى عبده وورثته صغار رفع) أي اذا أوصى الى عبد نفسه وورثته صغار جاز الايصاء اليه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف رحمه الله لا يجوز والقياس لان الولاية منعدمة لما أن الرق ينافيها ولان فيه اثبات الولاية للمولى على المال وهذا قلب المشروع ولان الولاية الصادرة من الاب لا تتعجز أو في اعتبار هذا الولاية تتعجز تثبت لانه لا يملك بيع رقبته وهذا خلاف الموضوع ولابي حنيفة رضي الله عنه أنه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون أهلا للوصاية قوله ليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا مملوكا له لكن لهم ولاية النظر فلا منافاة بخلاف ما اذا كان في الورثة كبار أو الايصاء الى عبد الغير لانه لا يستبد بالتصرف اذ كان للمولى منعه بخلاف الاول فانه ليس للقاضي ولا للصغار منعه بعد ثابت الايصاء اليه وكذا البر له بيعه وايصاء المولى اليه يؤذن بكونه ناظرا لهم فصار كالمكاتب والوصاية قد تتعجز على ما روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله كما اذا أوصى الى رجلين أحدهما يكون في الدين والآخر في العين يكون كل واحد منهما وصيا فيما أوصى اليه خاصة وتقول بصار اليه كي لا يؤدي الى ابطال أصله وتغيير وصف بابطال عموم الولاية أولى من ابطر أصل الايصاء وقول محمد رحمه الله فيه مضطرب

التركات ولا يملك بيع نفسه وعند نقض الموضوع قلا يجوز وهذا معنى قوله وفي اعتبار هذه الوصية وهي الوصي الى عبد نفسه والورثة صغار تعجزئة الولاية وفي تعجزئة الوصية أي بطلان العبد لا بني بيع نفسه ولا يكون وصيا في بيع نفسه اه اتقاني (قوله ولابي حنيفة أنه مخاطب مستبد بالتصرف) احترز بالمخاطب عن الصبي والمجنون فان الايصاء اليهما لا يجوز لعدم الخطاب واحترز بالمستبد عن الايصاء الى عبد الغير فانه لا استبداد له في التصرف وعن عبد نفسه أيضا اذا كان في الورثة كبار لان الكبير لا يحجر ويبيع نصيبه منه فلا يتم الاستبداد اه اتقاني (قوله والوصاية قد تتعجز) هذا جواب على سبيل المنع عن قوله وفي اعتباره تتعجز ثتها وقوله أو نفر الخ يعني سلمنا أن الوصاية لا تتعجز لكن نمانع في انا لتعجز كما لا يؤدي الخ اه (قوله أوصى الى وصيه خاصة) والظاهر عن أبي حنيفة عدم التعجز فيكون كل منهما وصيا في العين والدين اه غاية (قوله وقول محمد فيه مضطرب الخ) قال الاتقاني قال صاحب الهداية وقول محمد مضطرب فيه يروى مرة مع أبي حنيفة وتارة مع أبي يوسف ولنا في هذا الفيل تطرلان الكبار اتفقت المتقدمين على صاحب الهداية

كلهم ذكروا قول محمد مع أبي يوسف بلا اضطراب كالطحاوي في مختصره والكرخي في مختصره ولهذا قال الشهيد في مختصر الكافي وهو الذي اليه ذهب في كتاب نكت الوصايا والقدوري في التقريب وشمس الأئمة في شرحه للكافي وصاحب المنظومة فيها وفي شرحها وغيرهم من أصحابنا على أن محمدا نص في الاصل على ذلك فقال واذا أوصى الى عبده فان الوصاية اليه جائزة في قول أبي حنيفة وفيها قول آخر قول أبي يوسف ومحمد أنه لا يجوز الى عبده أو أبت (٣٠٨) لو كبر الصغار أما كان لهم أن يبيعوه الى هنا لفظ الاصل وقول الشافعي كقولهما

كذا في شرح الاقطع وقال شمس الأئمة في شرح الكافي قول أبي حنيفة هو الاستحسان وقولهما هو القياس اه (قوله ولو شكا الوصي اليه فلك) أي يعجزه عن القيام بأمور الوصية اه من خط الشارح ﴿ فرع ﴾ قال أبو جعفر الطحاوي في مختصره والاوصياء الاحرار البالغون على ثلاث مراتب فوصي مأمون على ما أوصى به اليه مضطلع للقيام به فلا ينبغي للحاكم أن يعترض عليه ووصي مأمون غير مضطلع للقيام بما أبده الحاكم به ووصي مخوف على ما أوصي به اليه فيخرجه الحاكم من الوصية ويقيم فيها من يطلع عليه (قوله فأولى أن يقدم على غيره) وهو وصي القاضي اه (قوله وليس من النظر الذي في ابقائه الخ (قوله فلم يكن لاحدهما أن يتصرف في مال الميت) أي الا في أشياء معدودة ستأتي قريبا اه (قوله وقال أبو يوسف ينفرد كل واحد منهما بالتصرف) أي في جميع الاشياء اه (قوله ذكره أبو بكر الاسكاف) وكان أبو موسى الرازي يقول هكذا كرأى وكان يستدل بمسئلة في كتاب الزيادات ان جارية بين رجلين جاءت بولد فادعياه جميعا فهو ابنهما فان أوصى كل واحد من الابوين الى رجل ثم ماتا جميعا فليس لاحد الوصيين أن يتصرف دون الآخر في قول أبي حنيفة ومحمد وفي قول أبي يوسف يجوز فقد ذكر في تلك المسئلة لا خلاف وان كان أوصى كل واحد منهما الى رجل على حدة قال هكذا ذكر في هذه المسئلة اه غاية (قوله فاذا ثبت أن الخلاف فيهما معا) أي فاذا أوصى اليهما معا أو على التعاقب اه من خط الشارح

روى مع أبي حنيفة رحمه الله وروى مع أبي يوسف رحمه الله قال رحمه الله (والاولى أي ان لم تكن الورثة صغارا بأن كانوا كلهم أو بعضهم كبارا لا يجوز الايصاء اليه لان الكبير ان منعه أو يبيع نصيبه فمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء بما التزم فلا يفيد قال رحمه الله (ومن يعجز عن القيام بها ضم اليه غيره) لان في الضم رعاية الحقين حق الموصي وحق الورثة لان تكميل النظر يحصل به لان النظر بمعاونة غيره ولو شكا الوصي اليه ذلك فلا يعجبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكي قد يكون كاذبا بتخفيف على نفسه ولو ظهر للقاضي عجزه أصلا استبدل به غيره رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادرا على التصرف وهو أمين فيه ليس للقاضي أن يخرجه لانه مختار الميت ولو اختار غيره كان دونه فكان اختاره أولى الا ترى أنه قدم على أب الميت مع وفور شفقته فأولى أن يقدم على غيره وكذا اذا شكت الورثة أو بعضهم الموصى اليه لا ينبغي له أن يعزل حتى يبدو له منه خيانة لانه استفاد الولاية من الميت غير أنه اذا ظهرت الخيانة فاتت الامانة والميت انما اختاره لاجلها وليس من النظر ابقاؤه بعد فواتها وهو لو كان حيا لاخرجه منها فينوب القاضي منابه عند عجزه ويقيم غيره مقامه كأنه مات ولو وصى له قال رحمه الله (وبطل فعل أحد الوصيين) أي اذا أوصى الى اثنين ليكن لاحدهما أن يتصرف في مال الميت فان تصرف فيه فهو باطل وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما وقال أبو يوسف رحمه الله ينفرد كل واحد منهما بالتصرف ثم قيل الخلاف فيما اذا أوصى الى كل واحد منهما بعقد على حدة وأما اذا أوصى اليهما بعقد واحد فلا ينفرد أحدهما بالاجماع كذا ذكره الكيساني وقيل الخلاف فيما اذا أوصى اليهما معا بعقد واحد وأما اذا أوصى الى كل واحد منهما بعقد على حدة ينفرد أحدهما بالتصرف بالاجماع ذكره الحلواني عن الصفار قال أبو الليث رحمه الله وهو الاصح وبه نأخذ وقيل الخلاف في الفصلين جميعا ذكره أبو بكر الاسكاف وقال في المبسوط وهو الاصح بخلاف الوكيلين اذا وكلهما متفرقا حيث ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بالاجماع والفرق أن ضم الثاني في الايصاء دليل على عجز الاول عن المباشرة وحده وهذا لان الايصاء الى الثاني يقتضيه الاشراك مع الاول وهو يملك الرجوع عن الوصية الى الاول فيملك اشراك الثاني معه وقد وصى الانسان الى غيره على أنه يتمكن من اتمام مقصوده وحده ثم يتبين له عجزه عن ذلك فيضم اليه غيره فصار بمنزلة الايصاء اليهما معا ولا كذلك الوكالة فان رأي الموكل قائم ولو كان الوكيل عاجزا بالباشر بنفسه لفكنه من ذلك ولما وكل علم أن مراده أن ينفرد كل واحد منهما بالتصرف ولان وجوب الوصية عند الموت ثبتت لهما معا بخلاف الوكالة المتعاقبة فاذا ثبت أن الخلاف فيهما معا أبو يوسف رحمه الله يقول ان الوصاية سببها الولاية وهي وصف شرعي لا يتجزأ فتثبت لكل واحد كملا كولاية الانكاح للاخوين وهذا لان الوصاية خلافة وانما تتحقق الخلافة اذا انتقلت اليه على الوجه الذي كان ثابتا للموصي وقد كانت بوصف الكمال فتنتقل اليه كذلك ولان اختيار الموصي اياهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة فصار كنواضع الاستئناء ولهما أن الولاية ثبتت بالتفويض فيراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع لانه شرط مفيد اذ رأي الواحد لا يكون

(قوله فقال في غير التجهيز وشراء الكفن) قال الاتقاني ومثل شراء الكفن لا ضرورى لا يبنى على الولاية ألا ترى أن الام تملكه ولهذا لو مات رجل في محلة قوم ومعه مال فكفنوه ودفنوه ممن ماله جاز وان لم يكن لهم ولاية اه (قوله والاتهاب لهم) لان في التأخير خيفة الفوات ولانه تملكها الام والذي في ججره فلم يكن من باب الولاية اه هداية (٢٠٩) (قوله ولو مات أحدهما) أي أو جن أو وجد ما يوجب عزله اه (قوله في المتن ووصى الوصى وصى) قال الفقيه أبو الليث في كتاب نكت الوصايا اذا أوصى الوصى الى الثاني في تركته وتركه الاول فالثاني وصيهما جميعا وأما اذا أوصى الى الثاني ولم يذكر تركه الاول في قول علمائنا صار الثاني أيضا وصيهما وفي قول ابن أبي ليلى يكون لشأن خاصة ولا يكون وصيا للاول فأما اذا أوصى اليه في تركته وتركه الاول جاز ذلك وهو طريق الاستحسان وكان القياس أن لا يجوز لان الوصى بمنزلة الوكيل وليس للوكيل أن يوكل غيره ما لم يؤمر بذلك فكذلك ليس له أن يوصى في مال الاول اذا لم يؤمر وفي الاستحسان يجوز لان الاول لما أوصى اليه فقد علم أن الوصى لا يعيش أبدا ويجب أن تكون أموره منظمة فصار كأنه أذن له بأن يوصى الى غيره بطريق الدلالة وان لم يأذن له بالافصاح فلو كان أذن له بالافصاح جازله أن يوصى الى غيره فكذلك اذا أذن له بالدلالة بخلاف الوكالة لان الوكالة لا تصح

كرأي المتولي ولم يرض الموصي الا بالمتولي فصار كل واحد في هذا السبب بمنزلة شطر العلة وهو لا يثبت به الحكم فكان ملحقا بخلاف الآخرين في الاتكال لان السبب هناك القرابة وقد قامت بكل واحد منهما كملا ولان الاتكال حق مستحق لها على الولي حتى لو طالبته بأن كاتها فله أن يحبسه بحجب عليه وهما حق التصرف للوصي ولهذا بقي مخيرا في التصرف فتى الزمين أولى أحدهما حتما على صاحبه وفي الوصيين استوى حقا صاحبه فلا يصح نظير الاول ايفاء دين عليهما ونظير الثاني استيفاء دين لهما حيث يجوز في الاول دون الثاني بخلاف مواضع الاستثناء لانها من باب الضرورة لان من باب الولاية على مالا يبنيه ومواضع الضرورة مستثناة دائما وهو ما استثنا في الكتاب وأخواتها فقال رحمه الله في غير التجهيز وشراء الكفن) لان في التأخير فساد الميت ولهذا يملكه الجيران أيضا على الحاضر الرفقة في السفر (وأجنبة الصغار والاتهاب لهم) لانه يحاف هلاكهم من الجوع والعرى وانفراد أحدهما بذلك احيانا فالصغار ولهذا يملكه كل من هو في يده (ووديعتين وقضاء دينين) لانه ليس من باب الولاية وانما هو من باب اعانة لا ترى أن صاحب الحق يملكه اذا ظفر به بخلاف قضاء دين الميت لانه رضي بأمانتها حيا في القبض ولان فيه معنى المبادلة وعند اختلاف الجنس حقيقة المبادلة ورد المغصوب وردا لمبيع في البيع الفاسد من هذا القبيل وكذا حفظ المال كذلك بتفرده أحدهما دون صاحبه (وتنفيذ وصية معينة وعتق عبدين) لانه لا يحتاج فيه الى الرأي (والخصومة في حقوق الميت) لان الاجتماع فيه متعذر ولهذا ينفرد بها أحد الوكيلين أيضا ومن أخواتها بيع ما يخشى عليه التوى من المال وجميع الاموال الضائعة لان في التأخير خيفة الفوات فكان فيه ضرورة لا تخفى ولانه يملكه كل من هو في يده فلم يكن من باب الولاية ولو مات أحدهما جعل القاضي مكانه وصيا آخر أما عند محمد فظاهر لان الباقي منهما عاجز عن الانفراد بالتصرف فيضم القاضي اليه وصيا نظرا للميت عند عجز الميت وأما عند أبي يوسف رحمه الله فلأن الحي منهما وان كان يقدر على التصرف فالموصى قصد أن يخلفه وصيان متصرفان وحقوقه وذلك يتمكن التضييع بنصب وصي آخر مكان الاول قال رحمه الله (ووصي الوصي وصي التركين) أي اذا مات الوصي وأوصى الى غيره فهو وصي في تركته وتركة الميت الاول وقال الشافعي رحمه الله لا يكون وصيا في تركة الميت الاول لان الميت فوض اليه التصرف وليس له ايصاء الى غيره فلا يملكه ولانه رضي برأيه ولم يرض برأي غيره فصار كوصي الوكيل فانه يصير وصيا في مال الوكيل خاصة دون مال الموكل ولان العقد لا يقتضي مثله ألا ترى أن الوكيل ليس له أن يوكل ولا للضارب أن يضارب فكذا وصي لبس له أن يوصي في مال الموصى اليه ولنا أن الوصي تصرف ولايته منتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره كما بدأ ترى أن الولاية التي كانت ثابتة للوصي تنتقل الى الوصي ولهذا يقدم على الجد ولم تنتقل اليه لما تقدم عليه كالوكيل لما لم تنتقل اليه الولاية لا يتقدم على الجد بل يتقدم عليه الجد ويعزل هو بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا فاذا انتقلت اليه الولاية ملك الايصاء والذي يوضح ذلك ان الولاية التي كانت للوصي تنتقل الى الجد في النفس والى الوصي في المال ثم الجد قائم مقام الاب فيما انتقل اليه حتى ملك الايصاء فكذا الوصي وهذا لان الايصاء قائمة مقام نفسه فيما له ولاية وعند الموت كانت له ولاية في التركتين فينزل الثاني منزلته في التركتين ولانسلم أنه لم يرض برأي من أوصى اليه الوصي بل وجد ما يدل عليه لانه لما

(٢٧ - زيلعي سادس) بعد الموت (١) وأما اذا أوصى (قوله ولو أن الوصي تصرف بولاية منتقلة اليه) أي عن الميت بطريق الخلافة (قوله تنتقل الى جد في النفس) حتى كان له تزويج الصغار والصغائر واستيفاء القصاص اه غاية (قوله كانت له ولاية في التركتين) مال نفسه الذي يتركه وتركة موصيه اه

(١) قول الحشي وأما اذا أوصى هكذا في الاصل والكلام مستقيم كما ترى فحرر اه مصححه

(قوله قسمة الوصي مع الموصى له عن الورثة جائزة) أي اذا كانوا صغارا او كان بعضهم كبيرا غائبا اه غاية (قوله وهو ما اذا باشر الوصي الورثة عن الموصى له) أي سواء كان صغيرا أو كبيرا حاضرا أو غائبا في العقار أو في العروض اه (قوله وبسبب مغرور باشر الموروث يعني لو اشترى رجل جارية ثم مات واستولدها ورثه ثم استحقت الجارية فانه يتمكن من الرجوع على بائع الميت ويكون الولد حرا ولو لم يكن مغرورا فله ذلك لما بينا لما ليس بخليفة ولا غاية الرجوع على بائع الميت من لو باعه الموروث من آخر والمسئلة بحالها لا يتمكن من الرجوع على بائع بائعه لانه ليس بخليفة عن بائعه حتى (٣١٠) يكون غروره كغروره بخلاف الوارث مع مورثه اه كاكي (قوله في المتن فان قاسم الورثة الخ) قال في الهداية ومن أوصى بثلث ألف درهم فدفعها الورثة الى القاضي فقسمها والموصى له غائب فقسمته جائزة قال الاتقاني وانما جازت قسمة القاضي لانه نصب ناظرا لامور المسلمين خصوصا في حق الاموات والغيب لعجزهم عن التصرف بأنفسهم ومن النظر أن يفرز نصيب الغائب فان هلك نصيبه في يد القاضي ليس له أن يرجع على الورثة بشئ والفرق بين القاضي حيث جازت مقاسمته على الموصى له وبين الوصي حيث لا تجوز مقاسمته على الموصى له أن القاضي ولاية على الغائب فيما ينفعه ولهذا يملك بيع ما يخشى عليه التلف فكان قسمته كقسمة الموصى له والوصي لا يملك بيع شئ من مال الموصى له فلم يكن له ولاية عليه أصلا فلم تنفذ قسمته اه (قوله في المتن وان أوصى الميت بحجة الخ) قال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وعلى هذا الخلاف لو قال أعتقوا عني نسمة بمائة درهم فاشتروها فماتت قبل أن تعتق كان عليهم أن يعتقوا من ثلث مابقي في أيديهم في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف مما بقي من ثلثه الى أيديهم وفي قول محمد بطلت الوصية اه غاية (قوله في المتن وصح قسمة القاضي الخ) قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير وذكر في السير الكبير أن القاضي لو ميز الثلث من الثلثين ولم يدفع الى واحد من الفريقين شيأ حتى هلك أحد النصيبين هلك من الجملة وانما تصح قسمة القاضي اذا دفع الى أحد الفريقين نصيبه فأما اذا لم يدفع الى أحد الفريقين نصيبه لم تتكامل القسمة لان القسمة بنبغي أن تكون بتمويز لا آخر ولا يصلح هو أن يكون نفسه مقاسما ومقاسما اه غاية وكتب ما نصه قال العتابي في شرح الجامع الصغير والوصية للغائب صحيحة لان قبوله ليس بشرط اه اتقاني

استحسانا به في ذلك مع علمه أنه تعزيه المنية صار راضيا بايصائه الى غيره لاسيما الى نفذ بوصول الموت قبل تتميم مقصوده ونوى ان لا يفارقا فيه بخلاف الوكيل لان الموكل حي يمكنه أن يعصل مقصوده بنفسه فلم توجد دلالة الرضا بالتفويض الى غيره توكيل أو ايصاء قال رحمه الله (وتصح قسمته عن الورثة مع الموصى له ولو عكس لا) أي قسمة الوصي مع الموصى له عن الورثة جائزة وعكسه لا يجوز وهو ما اذا قاسم الوصي الورثة عن الموصى له لان الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه بعد ما يصير مغرورا باشراه المورث والوصي أيضا خليفة الميت فيكون خصما عن الوارث اذا كان غائبا فنفذت قسمته عليه حتى لو حضر الغائب وقد هلك ما في يد الوصي ليس له أن يشارك الموصى له أما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب جديد ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير مغرورا باشراء الموصي فلا يكون خصما عنه عند غيبته حتى لو هلك ما أقر له عند الوصي كان له ثلث مابقي لان القسمة لم تنفذ عليه غير أن الوصي لا يضمن لانه أمين فيه وله ولاية الحفظ في التركة كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي لان الموصى له شريك الوارث فيتوى ما توى من المال المشترك على الشريك ويبقى مابقي على الشركة ولا فرق في ذلك بين أن تكون الورثة كبارا أو صغارا لان له ولاية البيع في مال الصغار والقسمة في معنى البيع وله ولاية الحفظ في مال الكبار فجازله بيعه للحفظ الا العقار فانه محفوظ بنفسه فلا يجوز له بيعه وهذا في معنى البيع فلا يضمن قال رحمه الله (فلو قاسم الورثة وأخذ نصيب الموصى له فضاع رجع بثلث مابقي) أي لو قاسم الوصي الورثة وأخذ نصيب الموصى له فضاع ذلك في يده رجع الموصى له بثلث مابقي لما بينا أن الموصى له شريك الورثة فيرجع الموصى له على مافي أيدي الورثة ان كان باقيا فاخذ ثلثه لعدم صحة القسمة في حقه وان هلك في أيديهم فله أن يضمنهم قدر ثلث ما قبضوا وان شاء ضمن الوصي ذلك القدر لانه متعد فيه بالدفع اليهم والورثة بالقبض فيضمن أيهما شاء اه قال رحمه الله (وان أوصى الميت بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده أو دفع الى من يحج عنه فضاع في يده رجع من الميت بثلث مابقي) أي اذا أوصى بأن يحج عنه فقاسم الوصي الورثة فهلك ما في يد الوصي يحج عن الميت بثلث مابقي وكذلك ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع مادفع اليه يحج عنه بثلث الباقي وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله ان كان المفرز مستغرقا لثلث بطلت الوصية ولم يحج عنه وان لم يكن مستغرقا لثلث يحج عنه بما بقي من الثلث الى تمام ثلث الجميع وقال محمد رحمه الله لا يحج عنه بشئ وقد قررناه في المبسوط قال رحمه الله (وصح قسمة القاضي وأخذ حظ الموصى له ان غاب) أي ان غاب الموصى له لان الوصية صحيحة وان كان قبل القبول ولهذا تورث الموصى له قبل القبول فصار الوصية ميراثا لورثته والقاضي ناظر في حق العاجز وافراز نصيب الغائب وقبضه من النظر فنفذ ذلك عليه وصح حتى لو حضر الغائب وقد هلك المقبوض في يد القاضي أو أمينه لم يكن له على الورثة سبيل ولا على القاضي وهذا في

المكيل والموزون لانه افراز ومعنى المبادلة فيه تابع حتى جاز اخذه لاحد الشريكين من غير قضاء ولا رضاء وكذا يجوز بيع نصيبه مرابحة وأما مالا يكال ولا يوزن فلا يجوز لان القسمة فيه مبادلة كما بيع وبيع مال الغير لا يجوز فكذا القسمة قال رحمه الله (وبيع الوصي عبدا من التركة بغبنة الغرماء) أي صح بيع الوصي عبدا لاجل الغرماء لان الوصي قائم مقام الموصي ولو تولا بنفسه حال حياته يجوز بيعه وان كان مريضا مرض الموت بغير محضر من الغرماء فكذا الوصي لقيامه مقامه وهذا الان حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية لفواتها الى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المأذون له في التجارة حيث لا يجوز للمولى بيعه لان لغرمائه حق الاستسعاء بخلاف ما نحن فيه قال رحمه الله (ونفس الوصي ان باع عبدا لأ وصي بيعه وتصدق بثمنه ان استحق العبد بعد هلاك ثمنه منه) معناه اذا أوصى ببيع عبده والتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن فضاع الثمن في يده وهو المراد بهلاك الثمن المذكور في المختصر ثم استحق العبد بعد ذلك ضمن الوصي الثمن للمشتري لانه هو العاقد فتكون العهدة عليه وهذه عهدة لان المشتري منه لم يرض ببذل الثمن الا ليسلمه للميت وقد سلم فقد أخذ البائع وهو الوصي مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده قال رحمه الله (ويرجع في تركة الميت) لانه عامل فيرجع به عليه كما وكيل وكان أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول أولا لا يرجع الوصي على أحد لانه تبين ببطلان الوصية باستحقاق العبد فلم يكن عاملا للورثة فلا يرجع عليهم ثم رجع الى ما ذكرناه ويرجع في جميع التركة وعن محمد رحمه الله أنه يرجع في الثلث لان الرجوع بحكم الوصية فأخذ حكمها وحل الوصية الثلث ونحن لا نسلم أنه يرجع عليه بحكم الوصية بل بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين يقضى من جميع التركة بخلاف القاضي أو أمينه اذا وفى البيع حيث لا عهدة عليه لان في الزامها القاضي تعطيل القضاء لانه يمتنع عن التقلد بهذه الامانة لخشية لزوم الضمان فتتعطل مصلحة العامة وأمينه سفير عنه كالرسول ولا كذلك الوصي لانه بمنزلة الموكيل وقد مر في آخر كتاب القضاء وان كانت التركة قد هلكت أو لم يكن بها وفاء لم يرجع بشئ كما في سائر دون الميت وفي المنتقى لا يرجع الوصي في مال الميت بشئ وانما يرجع على المساكين الذين تصدق عليهم بالثمن لان غنمه لهم فكان غرمه عليهم قال رحمه الله (وفي مال الطفل ان باع عبده واستحق وهلك الثمن في يده) أي اذا باع الوصي مال الصغير وقبض الثمن فهلك في يده واستحق المال المبيع رجع في مال الصغير لانه عامل له قال رحمه الله (وهو على الورثة في حصته) أي الصبي يرجع على الورثة بحصته لا بتمام القسمة واستحقاق ما أصابه قال رحمه الله (وصح احتياله بمال نفسه لو خيرا له) أي يجوز احتيال الوصي بمال اليتيم اذا كان فيه خير بأن يكون الثاني أملأ اذا الولاية نظرية وان كان الاول أملأ لا يجوز لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه وهو على تقدير أن يحكم بسقوطه حاكم يرى سقوط الدين اذا مات الثاني مفلسا أو جحد الحوالة ولم يكن له عليه بينة ولا يرى رجوع الدين على الاول قال رحمه الله (ويبيعه وشراؤه بما يتغابن) أي يجوز بيع الوصي وشراؤه بما يتغابن الناس في مثله ولا يجوز بما لا يتغابن الناس لان الولاية نظرية ولا تظر في الغبن الفاحش بخلاف البسير لانه لا يمكن التحرز عنه ففي اعتباره فساد بابه بخلاف العبد والصبي المأذون لهما في التجارة والمكاتب حيث يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة رضي الله عنه لانهم ينصرفون بحكم المالكية والاذن فلا حجر والوصي ينصرف بحكم النيابة الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر وعندهما لا يملكونه لان التصرف بالغبن الفاحش تبرع وهو ليس من أهله ولا ضرورة اليه وهذا اذا تبايع الوصي للصغير مع الاجنبي وأما اذا اشترى شيأ من مال اليتيم لنفسه أو باع شيأ منه من نفسه جاز عند أبي حنيفة وأحد الروايتين عن أبي يوسف رحمهما الله اذا كان لليتيم فيه منفعة ظاهرة وتفسيره أن يبيع ما يساوي خمسة عشر بعشرة من الصغير أو يشتري ما يساوي خمسة عشر بعشرة للصغير من نفسه وأما اذا لم يكن فيه منفعة ظاهرة لليتيم فلا يجوز وعلى قول محمد

(قوله صح بيع الوصي عبدا لاجل الغرماء) صورته محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يموت ويترك عبدا وعليه دين يحيط بماله فيبيع الوصي العبد بغير محضر من الغرماء قال بيعه جائز وأراد بذلك الدين على الميت لا على العبد اه غاية (قوله فباعه حتى يأخذوا كتبه اه وكتب منلا منصه فيكون البيع بطلا لحقهم فلهم أن يبطلوا البيع اه غاية (قوله لانه عامل له) أي في تنفيذ وصيته اه (قوله بل بحكم الغرور) لان الميت لما أمر ببيع هذا العبد والتصدق بثمنه كأنه قال ان هذا العبد ملكي اه

(قوله أو يرغب المشترى فيه بضعف الثمن) المراد بالثمن القيمة اه (قوله أو يكون للصغير حاجة الى الثمن) هذا حكم الوصى وأما الاب اذا باع عقار الصغير بغبن الغبنة فان كان الاب مجهولا عند الناس أو مستورا يجوز بغبن فاحش ولو بغبن الامر ينتفض البيع وان كان الاب فاسقا لايجوز البيع حتى لو باع الابن نقض البيع وهو المختار اه كاكى (قوله فى المتن ولا يتجر فى ماله) أى لنفسه أما اذا اتجر الصغير يجوز قال فاضيخان يتجر عمال اليتيم للبتيم ولا بد من حمله على هذا وقبلها بينه وبين قولهم يضارب فى ماله و يدفعه مضاربة وقد صرح الشارح فى الرهن بان الوصى لو رهن مال اليتيم عند أجنبى فتجارة باشرها اليتيم صح لان الاصل فى التجارة تغير المال اه وفيه تأييد لما قلنا اه وكتب ما نصه وفى فصول الاستروشنى نقلا عن المبسوط ان للوصى أن يتجر فى مال الصغير وكذا فى الكافى والهداية فى كتاب الرهن وفى فتاوى فاضيخان لايجوز لوصى أن يتجر لنفسه بمال اليتيم أو المبت فان فعل وربح يضمن رأس المال و يتصدق بالربح فى قول أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف يسلم له الربح ولا يتصدق بشئ وله أخذه مضاربة اه وكتب ما نصه قال العمادى ذكر فى باب المصرّاة من بيوع شرح الطحاوى أن الولاية فى مال الصغير الى الاب و وصيه ثم الى وصى وصيه فان مات الاب ولم يوص الى أحد فالولاية الى أب الاب ثم الى وصيه ثم الى وصى وصيه فان لم يكن فالقاضى ومن نصبه القاضى ولهؤلاء كلهم ولاية التجارة بالمعروف فى مال الصغير والصغيرة ولهم ولاية الاجارة فى النفس والمال جميعا ثم قال العمادى نقلا عن المبسوط والوصى أن يتجر فى مال اليتيم وان يدفعه مضاربة وأن يعمل به مضاربة وأن يبضع (٢١٢) ويشارك واذا لم يشهد الوصى على نفسه أنه يعمل به مضاربة كان ما اشترى كله للورثة لانه يدعى استحقاق بعض الربح من مال الورثة لنفسه ولا يستحق ذلك الا بالشرط تمام بيّنت ذلك عند القاضى لا يعطى له شئ من الربح اه وقال فاضيخان والوصى أن يودع مال اليتيم و يبضع و يتجر بمال اليتيم و يدفع مضاربة وله أن يفعل ما كان خيرا لليتيم وكذا الاب اه وفى الخلاصة وللوصى أن يدفع مال الصبى مضاربة و يشارك بماله بغيره وفى المنتقى الوصى يأخذ مال اليتيم مضاربة اه وقال فى الوقاية والنقاية ويدفع ماله أى الوصى مال الصغير مضاربة وشركة و بضاعة و يحتال على الاملاء لا على الحفظ الا بعسر ولا يقرض و يبيع على الكبير الغائب الا العقار وليس له أن يتجر فى ماله انتهت عبارة الوقاية والنقاية والظاهر ان الضمير فى ماله راجع للكبير لقربه لكن قال الشيخ تقى الدين السبكى رحمه الله وهو فى هذا تابع للظهر انية على رحمه الله اه وفى الهداية و يبيع الوصى على الكبير الغائب جائز فى كل شئ الا فى العقار لان الاب يلى ماسواه ولا يليه فكذا وصيه فيه وكان القياس أن لا يملك الوصى بيع العقار أيضا لانه لا يملكه على الكبير الا أنا استحسنا لما أنه حفظ لتسارع الفساد اليه وحفظ الثمن أيسر وهو يملك الحفظ أما العقار فحصن بنفسه قال ولا يتجر فى المال الذى للمفوّض اليه الحفظ دون التجارة اه وظاهر السياق كما ترى يقتضى أن يكون قوله ولا يتجر فى المال راجعا الى مال الكبير وقد أفصح بذلك الشيخ قوام الدين الاتقانى بوجه الله فقال فى شرحه قوله و يبيع الوصى على الكبير الغائب جائز فى كل شئ الا فى العقار أى قال فى الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى الرجل يموت و يوصى الى رجل و يترك ابنا غائبا قال كل شئ صنعه الوصى فهو جائز الا أنه لا يبيع العقار ولا يتجر فى المال وذلك لان الوصى قائم مقام الاب والاب لا يملك بيع العقار على ولده الكبير فكذلك من انتقلت اليه ولاية الاب وهو الوصى وانما يملك بيع العروض على الكبير الغائب والقياس أن لا يملك لان الاب لا يملك بيع العروض على ولده الكبير فكذلك وصيه وجه الاستحسان أن الوصى مأمور بحفظ التركة حتى لو ظهر عليه دين يقضى من ذلك و يبيع المنقول من باب الحفظ لان المنقول مما يخشى عليه التلف وقد يكون حفظ الثمن أيسر بخلاف العقار فانه محصن بنفسه محفوظ لا يخشى عليه التلف ومن أراد تحصين ماله وحفظه صرفه فى شراء العقار والعروض يسرع اليها التلف وحفظ بدلها من الدراهم والدنانير

(قوله أو يكون للصغير حاجة الى الثمن) هذا حكم الوصى وأما الاب اذا باع عقار الصغير بغبن الغبنة فان كان الاب مجهولا عند الناس أو مستورا يجوز بغبن فاحش ولو بغبن الامر ينتفض البيع وان كان الاب فاسقا لايجوز البيع حتى لو باع الابن نقض البيع وهو المختار اه كاكى (قوله فى المتن ولا يتجر فى ماله) أى لنفسه أما اذا اتجر الصغير يجوز قال فاضيخان يتجر عمال اليتيم للبتيم ولا بد من حمله على هذا وقبلها بينه وبين قولهم يضارب فى ماله و يدفعه مضاربة وقد صرح الشارح فى الرهن بان الوصى لو رهن مال اليتيم عند أجنبى فتجارة باشرها اليتيم صح لان الاصل فى التجارة تغير المال اه وفيه تأييد لما قلنا اه وكتب ما نصه وفى فصول الاستروشنى نقلا عن المبسوط ان للوصى أن يتجر فى مال الصغير وكذا فى الكافى والهداية فى كتاب الرهن وفى فتاوى فاضيخان لايجوز لوصى أن يتجر لنفسه بمال اليتيم أو المبت فان فعل وربح يضمن رأس المال و يتصدق بالربح فى قول أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف يسلم له الربح ولا يتصدق بشئ وله أخذه مضاربة اه وكتب ما نصه قال العمادى ذكر فى باب المصرّاة من بيوع شرح الطحاوى أن الولاية فى مال الصغير الى الاب و وصيه ثم الى وصى وصيه فان مات الاب ولم يوص الى أحد فالولاية الى أب الاب ثم الى وصيه ثم الى وصى وصيه فان لم يكن فالقاضى ومن نصبه القاضى ولهؤلاء كلهم ولاية التجارة بالمعروف فى مال الصغير والصغيرة ولهم ولاية الاجارة فى النفس والمال جميعا ثم قال العمادى نقلا عن المبسوط والوصى أن يتجر فى مال اليتيم وان يدفعه مضاربة وأن يعمل به مضاربة وأن يبضع (٢١٢) ويشارك واذا لم يشهد الوصى على نفسه أنه يعمل به مضاربة كان ما اشترى كله للورثة

(قوله وأظهر الروايات عن أبى يوسف رجعه الله أنه لا يجوز على كل حال هذا فى وصى الاب وأما وصى القاضى فلا يجوز بيعه من نفسه بكل حال لانه وكيله وللاب أن يشترى شيأ من مال الصغير لنفسه اذا لم يكن فيه ضرر على الصغير بان كان مثل القيمة أو بغبن يسير وقال المتأخرون من أصحابنا لا يجوز للوصى بيع عقار الصغير الا أن يكون على الميت دين أو يرغب المشترى فيه بضعف الثمن أو يكون للصغير حاجة الى الثمن قال الصدر الشهيد رحمه الله وبه يفتى (و بيعه على الكبير فى العقار) أى بيع الوصى على الكبير الغائب جائز فى كل شئ الا فى العقار لان الاب يلى ماسوى العقار ولا يليه فكذا وصيه لانه يقوم مقامه وكان القياس أن لا يملك الوصى بيع غير العقار أيضا لان الاب كما لا يملكه على الكبير الحاضر الا أنا لما استحسنا كان فيه حفظ ماله جاز استحسانا لما يتسارع اليه الفساد لان حفظ ثمنه أيسر وهو يملك الحفظ فكذا وصيه وأما العقار فحصن بنفسه فلا حاجة فيه الى البيع ولو كان عليه دين باع العقار ثم ان كان الدين مستغرقا باع كله بالاجماع وان لم يكن مستغرقا باع بقدر الدين عندهما العدم الحاجة الى الاكثر من ذلك وعند أبى حنيفة رضى الله عنه جازله بيعه كله لانه يبيعه بحكم الولاية فاذا ثبت فى البعض ثبت فى الكل لانها تتجزأ ولو خيف هلاكه يملك بيعه لانه تعين حفظا كالمنقول والاصح أنه لا يملك لانه نادر قال رحمه الله (ولا يتجر فى ماله) أى الوصى لا يتجر فى مال اليتيم لان المفوّض اليه

(قوله رجعه الله) وأظهر الروايات عن أبى يوسف رجعه الله أنه لا يجوز على كل حال هذا فى وصى الاب وأما وصى القاضى فلا يجوز بيعه من نفسه بكل حال لانه وكيله وللاب أن يشترى شيأ من مال الصغير لنفسه اذا لم يكن فيه ضرر على الصغير بان كان مثل القيمة أو بغبن يسير وقال المتأخرون من أصحابنا لا يجوز للوصى بيع عقار الصغير الا أن يكون على الميت دين أو يرغب المشترى فيه بضعف الثمن أو يكون للصغير حاجة الى الثمن قال الصدر الشهيد رحمه الله وبه يفتى (و بيعه على الكبير فى العقار) أى بيع الوصى على الكبير الغائب جائز فى كل شئ الا فى العقار لان الاب يلى ماسوى العقار ولا يليه فكذا وصيه لانه يقوم مقامه وكان القياس أن لا يملك الوصى بيع غير العقار أيضا لان الاب كما لا يملكه على الكبير الحاضر الا أنا لما استحسنا كان فيه حفظ ماله جاز استحسانا لما يتسارع اليه الفساد لان حفظ ثمنه أيسر وهو يملك الحفظ فكذا وصيه وأما العقار فحصن بنفسه فلا حاجة فيه الى البيع ولو كان عليه دين باع العقار ثم ان كان الدين مستغرقا باع كله بالاجماع وان لم يكن مستغرقا باع بقدر الدين عندهما العدم الحاجة الى الاكثر من ذلك وعند أبى حنيفة رضى الله عنه جازله بيعه كله لانه يبيعه بحكم الولاية فاذا ثبت فى البعض ثبت فى الكل لانها تتجزأ ولو خيف هلاكه يملك بيعه لانه تعين حفظا كالمنقول والاصح أنه لا يملك لانه نادر قال رحمه الله (ولا يتجر فى ماله) أى الوصى لا يتجر فى مال اليتيم لان المفوّض اليه

أيسر وأبعد من التوى والتلف والفساد فإذا لو خيف هلاك العقار أو هلاك ثمنه يملك الوصي بيعه أيضا على الكبير الغائب لان البيع في هذه الحالة يكون حفظا ولا يجبر الوصي على الكبير الغائب في حالة لان التجارة ينتفى بها الربح دون الحفظ فافهم اه وفي شرح تاج الشريعة بخلافه قال عند قول صاحب الهداية ولا يتجر في المال إلى آخره هكذا في الأوضح اه ويجب أن يحمل هذا كما تقدم على ما إذا اتجر لنفسه بمال اليتيم وقد قال في الهداية في باب الرهن وان

(استدان الوصي لليتيم في كسوته وطعامه فرهن بطعام اليتيم جاز ثم قال وكذا لو اتجر لليتيم فارتهن ورهن لان الاولى له التجارة بمال اليتيم فلا يحتمل بدا من الارتهان والرهن لانه إيفاء واستيفاء اه وفي الكافي في باب الرهن مثله اه قال الاتقاني يعني إذا اتجر الوصي لا يحل لليتيم فباع متاعه فأخذ رهنا أو اشترى لاجل اليتيم فرهن متاع اليتيم جازت لان الافضل للوصي أن يتجر لاجل اليتيم تثمير المال لا التجارة بيع وشراء فلا يدخل الارتهان والرهن لا استيفاء ولا إيفاء اه قال في شرح الجامع الصغير للامام برهان الائمة عمر بن عبد العزيز بن عمر بن مازه المعروف بالحسام الشهيد ما نصه وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء الا العقار وكذلك لا يملك التجارة في ماله لانه قائم مقام الموصى والموصى هو الاب لا يملك بيع مال الكبير الغائب الا بطريق الحفظ نظيره أنه كذلك الوصي وبيع المنقول من باب الحفظ وكذلك النفقة والاجارة أما التجارة من باب الولاية

الحفظ دون التجارة ووصي الاخ أو العم أو الام في مال تركهما صبيا أو الصغير بمنزلة وصي الاب في الكبير الغائب لان وصي قائم مقام الموصى وكان الموصي أن يتصرف في مال نفسه فكذا الوصيه أن يبيعه للحفظ بخلاف مال آخر للصغير غير ما تركه الموصى حيث لا يملك الوصي بيعه لان الوصي قائم مقام الموصى وليس واحد من هؤلاء التصرف في مال الصغير فكذا الوصي بخلاف وصي الاب والجد أب الاب حيث يكون له ولاية التصرف في مال الصغير مطلقا من غير تقييد بما تركه صبيا لانه قائم مقام الموصى ولاب أو الجد التصرف في جميع ماله فكذا وصيه قال رحمه الله (ووصي الاب أحق بمال الطفل من الجد) وقال الشافعي رحمه الله الجد أحق لان الشرع أقامه مقام الاب عند عدمه حتى أحرز ميراثه فيتقدم على وصيه ولنا أن ولاية الاب تنتقل اليه بالايصاء فكانت ولايته قائمة معنى فيتقدم عليه كالاب نفسه وهذا لان اختياره الوصي مع عليه وجود الجد دليل على أن تصرفه أنظر لا ولاد من تصرف الجد قال رحمه الله (فان لم يوص الاب فالجد كالاب) لانه أقرب الناس اليه وأشفقهم عليه حتى ملك الانكاح دون الوصي غير أنه ان أوصى الاب يقدم عليه الوصي في التصرف في المال لما يتنازعان غيره وان لم يوص يبقى على حاله

﴿فصل في الشهادة﴾ قال رحمه الله (شهد الوصيان أن الميت أوصى الى زيد معهما لغت) أي بطلت الشهادة لانهما يجران نفعا لانفسهما بإثبات المعين لهما مترقبة لتهمة فاذا رقت نفى القاضي اليهما الثالث دون ثمن شهادتهما إقرارا منهما بوصي آخر معهما لليت وإقرارهما حجة على أنفسهما فلا يمكنان من التصرف بعد ذلك بدونه فصار في حقهما بمنزلة ما لو مات أحد الاوصياء الثلاثة وجاز ذلك القاضي مع وجود الوصي لامتناع تصرفهم بدونه فصار كأنه مات ولم يوص الى أحد فيضم اليهما الثالث ليمكنهم التصرف قال رحمه الله (الا أن يدعي زيد) أي يدعي زيد معهما فحينئذ تقبل شهادتهما وهذا استحسان والقياس أن لا تقبل كالاول وجه الاستحسان أنه يجب على القاضي أن ينصب اليهما ثالثا على ما بينا آنفا فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه فيكون وصيا معهما بنصب القاضي اياه كما إذا مات ولم يترك وصيا فانه ينصب وصيا ابتداء فهذا أولى قال رحمه الله (وكذا الابنان) أي اذا شهد الابنان بأن أباهما أوصى الى رجل وهو ينكر لا تقبل شهادتهما لانهما يجران نفعا الى أنفسهما بنصب حافظ لتركة كما تمتهن فلا تقبل شهادتهما بالقول شريح رضي الله عنه لا أقبل شهادة خصم ولا ضرب أي متهم واذا ادعى المشهود له الوصاية بقبل استحسانا على أنه نصب وصي ابتداء على ما ذكرنا في شهادة الوصيين بذلك بخلاف ما اذا شهدا أن أباهما وكل هذا الرجل بقبض دينه بالكوفة حيث لا تقبل سواء ادعى الرجل الوكالة أو لم يدع لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الحي بخلاف مسألة الوصية قال رحمه الله (وكذا الوشهدا لوارث صغير مال) أي لو شهد الوصيان لوارث صغير بمال فشهادتهما باطلة لانهما يثبتان ولاية التصرف لانفسهما في ذلك المال فصارا متهمين أو خصمين قال رحمه الله (أو لكبير مال الميت) أي لو شهد الوصيان لوارث كبير بمال الميت لا تقبل شهادتهما أيضا لانهما يثبتان ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول لانفسهما عند غيبة الوارث بخلاف شهادتهما للكبير في غير التركة لانقطاع ولايتهما عنه لان الميت

وبيع العقار ليس من الحفظ لانه يحفظ بنفسه ولو خيف هلاك العقار أو هلاك بنائه يملك بيعه لو قيل يملك بيعه لا يعدلان البيع في هذه الحالة من جملة الحفظ اه وقد وقفت على نسخة من الكنز بخط الملامة جلال الدين البناني وكتب تحت قوله في حالة أي في مال الكبير الغائب وجعل رابطة تحت الضمير في قوله في ماله راجعة للكبير والله الموفق اه (قوله في مال تركه) الذي بخط الشارح في مال تركها اه

﴿فصل في الشهادة﴾ (قوله عند غيبة الوارث) أي حفظ مال اليتيم اليهما في حق الكبير إذا غاب وتوهم

أعلم بما مقام نفسه في تركته لا في غيرها بخلاف ما اذا كان الوارث صغيرا والموصى أبا حيث لا تقبل شهادتهما في الكل لان لوصي الاب التصرف في مال الصغير جميعه فيكونان متهمين فلهذا لم يشهد بالمال الموروث منه في حق الصغير وقيد به في الكبير وهذا عند أبي حنيفة وقالا اذا شهدا الوارث كبير جاز في الوجهين أي فيما تركه الموصي وغيره لان ولاية التصرف لا تثبت لهما في مال الميت اذا كانت الورثة كبارا فعرية عن التهمة بخلاف ما اذا كان صغيرا على ما بينا والحلقة عليهما ما بينا قال رحمه الله (ولو شهد رجلان لرجلين على ميت بدين أقدم هو وشهد الآخران للآولين بمثله تقبل وان كانت شهادة كل فريق بوصية ألف لا) وهذا عند محمد رحمه الله وقال أبو يوسف لا تقبل في الدين أيضا ويروى أبو حنيفة مع محمد رجعا الى قول أبي يوسف وعن أبي يوسف مثل قول محمد وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أنهم اذا جاؤا معا رشهدوا فالشهادة باطلة وان شهدا اثنان لاثنين فقبلت شهادتهما ثم ذكى الشاهدان بعد ذلك على الميت بألف درهم فشهد لهما الفريقان الاولان تقبل وجه قول محمد رحمه الله أن الدين يجب في الذمة وهو قابل للحقوق شتى فلا شركة فيه اذا لم يجب بسبب واحد ولهذا يختص أحدهما بالقبض ولا يكون للآخر حق المشاركة ولا ينتقل بالموت من الذمة الى التركة الآخرى أن التركة لو هلكت لا يسقط الدين وأن للوارث أن يستخلص التركة بقضاء الدين من محل آخر فلا تمكن الشركة بينهم فصار كما اذا شهد الفريقان في حال حياته بخلاف الوصية فان حق الموصى له يتعلق بعين التركة حتى لا يبقى بعده هلاك التركة وليس للوارث أن يستخلص التركة ويعطيه من محل آخر ولو قبض أحد الفريقين شيأ كان للفريق الآخر حق المشاركة فكان كل فريق مثبتا لنفسه حق المشاركة في التركة فلا تسمع شهادتهما ولابي يوسف وجه ما قلنا أن الدين بالموت يتعلق بالتركة تخراب الذمة ولهذا لا يثبت المطالبة فيها للوارث ولا ينفذ تصرفه فيها اذا كانت مستغرقة بالدين فشهادة كل فريق تلاقي محلا مشتركا فصار نظير مسئلة الوصية فلا تقبل بخلاف الشهادة في حالة الحياة لان الدين في ذمته بيقانا لا في المال فلا تتحقق الشركة وجه رواية الحسن أنهما اذا جاءا معا كان ذلك بمعنى المعاوضة فتنافى التهمة قدرا بخلاف ما اذا كانا على التعاقب لان الاول قد مضى وثبت به الحق بلا تهمة والثاني لا يزاحم الاول عند صدوره فصار كالاول والوصية بجميع شائع كالوصية بالدراهم المرسلة فيجاز كرنا من الاحكام حتى لا تقبل فيها شهادة الفريقين لانها تثبت الشركة (ولو شهد رجلان أنه أوصى لرجلين بعين كالعبد وشهد الشهود لهما أنه أوصى للشاهدين بثلث ماله أو بالدراهم المرسلة نفي باطلة لان الشهادة في هذه الصورة متهمة لشركة بخلاف ما اذا شهد رجلان لرجلين أنه أوصى لهما بعين وشهد الشهود لهما للشاهدين الاولين أنه أوصى لهما بعين آخر حيث تقبل الشهادتان لانه لا شركة فلا تهمة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وصلى الله على سيدنا محمد النبي الاواب

﴿ كتاب الخنثى ﴾

قال رحمه الله (هو من له فرج وذكر) أي الخنثى من له فرج المرأة وذكر الرجل ويطلق به من عبر عن الآلتين جميعا وهو في اللغة يدل على التكسر واللين ومنه يقال لمخنث في كلامه اذا لان وتكسر اعلم أن الله تعالى خلق البشر ذكرا وأنثى كما قال تعالى وبث منهما رجالا كثيرا ونساء وقال عز وجل يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور وقد بين حكم كل واحد منهما ولم يبين حكم من هو ذكر وأنثى فدل أنه لا يجتمع الوصفان في شخص واحد فكيف يجتمعان وهما متضادان وقد جعل علامة التمييز بينهما الآلة ثم قد يقع الاشتباه بان وجد الآلتان ولا يوجد التمييز قال رحمه الله (فان بال من الذكر فغلام وان بال من الفرج فأنثى) لانه عليه الصلاة والسلام سئل عنه كيف يورث فقال من حيث

(قوله في المتن هو) الذي يخط الشارح هي اه (قوله ويطلق بمن عبر عن الآلتين جميعا) قال الاتقاني وقد يقع الاشتباه بعدم آلة التمييز أصلا بأن يولد ولا يوجد له آلة الذكر ولا آلة الانثى وهذا أبلغ وجهي الاشتباه ولهذا بدأ محمد رحمه الله كتاب الخنثى به اه وروى عن الشعبي أنه سئل عن مولود ولد ليس بذكر ولا أنثى وليس له مالآلتين وليس له مالذكر يخرج من سرته كهيئة البول الغليظ فسئل عن ميراثه فقال عاصره نصف حظ الانثى ونصف حظ الذكر قال محمد وهذا عندنا يبول

(قوله وروى أن فاضيا) هو عامر بن الظرب العدواني والقائلة أمّ خنبلة اه مغرب (قوله نقال) أي لابي يوسف حين أخبره بجوابه اه (قوله ولو كان بالغا) يجب عليه ذلك، قال بعضهم في هذا المقام لا يتصوّر بلوغه فأوشك لا بعد البلوغ قلت هذا كلام بلا فكر لانه بعد البلوغ اذا اظهر احدى العلامات أو تعارضت كان مشكلا وبه صرح القدوري وصاحب الهداية قبيل هذا الفصل اه اتقاني قوله قبيل هذا الفصل يعني به الفصل الذي عقده في الهداية لاحكام الخنثى اه (قوله ولو تزوج امرأة مختنة الخ) قال الطحاوي في مختصره وسمعت ابن أبي عمران يقول القياس عندي في الخنثى اذا احتاج الى الختان أن يزوجه الامام امرأة فان كان ذكرا كانت زوجته وختنته وان كان أنثى كان مباحا لها ذلك قال أبو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي ما حكاه أبو جعفر عن أصحابنا هو أسهم من ذلك أي أسهم مما ذكره ابن أبي عمران قال لانا ان زوّجناه كان عقد النكاح مشكوكا فيه فان صح كانت المرأة معقلة لا يمكنها الخلاص منه ولا يتيقن أيضا وجوب المهر بالعقد ولا وجوب الميراث ان مات وهو مشكل ولا يدري هل تلزمه نفقة أم لا اه اتقاني (قوله لانه ان كان ذكرا يكرهه) يحرم عليه اه غاية

يبول وعن علي رضي الله عنه مثله وروي أن فاضيا من العرب في الجاهلية رفع اليه هذه الواقعة فجعل يقول هو رجل وامرأة فاستبعد قومه ذلك فحضر ودخل بيته فجعل يتقلب على فراشه ولا يأخذه النوم لضيره وكانت له بنية تغزر رجليه فسألته عن تفكره فأخبرها بذلك فقالت دعي الحمال واتبع الحكم المبال فخرج الى قومه فحكى لهم ذلك فاستحسنوه فعرف بذلك أن هذا الحكم كان في الجاهلية فأقرّه الشرع ولان البول من أيّ عضو كان فهو دليل على أنه هو العضو الاصلي الصحيح والآخر عزيزة العيب وذلك إنما يقع به الفصل عند الولادة لان منفعة تلك الآلة تخرج البول منها ولذلك عند انفصاله من أنه وماسوى ذلك من المنافع يحدث بعده فعلم بذلك أنه هو الاصلي (قال رحمه الله (وان بال منهما فالحكم للسبق) لانه دليل على أنه هو العضو الاصلي ولانه كما خرج البول حكمه وجوبه لانه علامة تامة فلا يغير بعد ذلك بخروج البول من الآلة الاخرى قال رحمه الله (فان استويا) أي في السبق (فمشكل) لعدم المرجح قال رحمه الله (ولا عبرة بالكثرة) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال رحمهما الله ينسب الى أكثرهما ولا نه يدل على أنه هو العضو الاصلي ولان للاكثر حكم الكل في أصول الشرع فيترجح بالكثرة وله أن كثرة البول ليس بدليل على القوة لان ذلك لاتساع المخرج وضيقه لا لانه هو العضو الاصلي ولان نفس الخروج ليس بنفسه فالكثرة من جنسه لا يقع به الترجيح عند المعارضة كالسبق هذين والاربعة وقد استقبح أبو حنيفة رضي الله عنه اعتبار ذلك فقال وهل رأيت فاضيا يكيل البول بالاواني قال رحمه الله (فان بلغ وتزوجته ملية أو وصل الى النساء فجرحل وكذا اذا احتلم من الذكر) لان هذه من علامات الذكر قال رحمه الله (وان ظهرت ثدي أولبن أو حاض أو حبل أو أمكن وطؤه فامرأة) لأن هذه علامات النساء قال رحمه الله (وان لم يظهر له علامة أو تعارضت فمشكل) لعدم ما يوجب الترجيح وعن الحسن رضي الله عنه أنه تعد أضلاعه فان ضلع الرجل يزيد على ضلع المرأة واحد قال رحمه الله (فيقف بين صف الرجال والنساء) لانه يحتمل أن يكون ذكرا ويحتمل أن يكون أنثى فان كان ذكرا تفسد صلاته بالوقوف في صف النساء وتبطل صلاة من يحاذيه ان كان أنثى فلا يتقلل الرجال ولا النساء وان وقف في صف النساء فان كان بالغا يعيد صلاته عند محمد وان كان مراهقا يستحب له أن يعيد الاصل في أحكامه أن يؤخذ بالاحوط فالاحوط وبعيد الذي عن يمينه ويساره والذي خلفه الصلاة احتياطا لاحتمال أنه امرأة ويستحب أن يصلي بقناع لاحتمال انها امرأة ولو كان بالغا ويحب عليه ذلك ويجلس في صلاته جلوس المرأة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها بجلوسه جلوس الرجال قال رحمه الله (وتباع له أمة تختنه) يعني عمله لانه يحتمل أن يكون الختان واجبا عليه فيحتاج الى ثمن الختان وهو ما يقطع به الجلدة التي تغطي الحشفة وهي القلفة وهي مستحبة في حق الرجال والنساء وقيل هي واجبة في حق النساء لان فيها استيفاء شهوة الجماع وقيل هي سنة في حق الرجال والنساء وقيل هي مكرمة في حق الرجال والنساء وقيل هي سنة في حق الرجال مكرمة في حق النساء وهو الصحيح وقيل هي واجبة في حق الرجال سنة في حق النساء وهو الاصح وقيل هي واجبة في حق الرجال والنساء جميعا وهو الاصح وقيل هي سن

(قوله وان قال الخنثى أنا رجل الخ) قال الاتقانى قال الحاكم الشهيد فى الكافى فان قال الخنثى أنا رجل أو قال أنا امرأة لم يقبل قوله أما كان علم أنه مشكل وذلك لانه يحاول به اسقاط ما هو لازم عن نفسه فانه لا يعلم من ذلك الا ما يعلم غيره اه قال فى الهداية وان لم يكن مشكلا يجئ أن يقبل قوله لانه أعلم بحاله من غيره (٢١٦) قال الاتقانى وفى هذا التعليل نظر لانه انما لا يكون اذا ظهرت فيه احدى العلامات

امرأة أعنى من لبسه وهو رجل ولانثى عليه لانه صغير لم يبلغ ولو حلف بطلاق أو عتاق ان كان أول ولد تلده غلاما فولدت حتى لم يقع على حتى يستبين أمره لان الحنث لم يثبت بالشك ولو قال كل عبد لى حر أو كل أمة لى حرة وله مملوك خنثى لا يعتق حتى يستبين أمره لما قلنا وان قال الفريق جميعا حتى يستبين بأحد الوصفين لانه لم يعلم وان قال الخنثى أنا رجل أو امرأتم لم يقبل قوله اذا كان مشكلا لانه دعوى بلا دليل وذكر فى النهاية معزيا الى الذخيرة ان قال الخنثى المشكل أنا ذكر أو أنثى كان القول قوله لان الانسان أمين فى حق نفسه والقول قول الامين مالم يعرف خلاف ما قال الا ترى أن المعتدة اذا قالت انقضت عدتى وأنكر الزوج كان القول قولها مالم يعرف خلاف قولها بأن قالت فى مدة لا تنقضى فى مثلها العدة والاولى ذكر فى الهداية وان مات قبل أن يستبين أمره لم يغسله رجل ولا امرأة لان حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء فيتوفى لاحتمال الحرمة ويمم بالصعيد لتعذر الغسل ولا يحضر هو غسل رجل ولا امرأة لاحتمال ما ذكرا وأنثى ويستحب أن يسمى فيه لانه كان أنثى أقيم واجب وان كان ذكرا لا تضره التسمية واذا أراد أن يصلى عليه وعلى رجل وامرأة وضع الرجل مما يلى الامام والخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى فيقوم عن الرجل لاحتمال أنه امرأة ويقدم على المرأة لاحتمال أنه رجل ولو دفن مع رجل فى قبر واحد لعتذر جعل خلف الرجل لاحتمال انه امرأة ويجعل بينهما حاجز من صعيد ليكون فى حكم القبرين وكذا فى الرجلين اذا دفنا فى قبر واحد وان دفن مع امرأة قدم الخنثى لاحتمال أنه رجل وان جعل على السرير بعض المرأة فهو أحب لاحتمال انه عورة ويكفن فى جمسة أثواب كما تكفن المرأة فهو أحب لاحتمال أنه أنثى ويدخل قبره ذو رحم محرم منه لاحتمال انه أنثى قال رحمه الله (وله أقل النصيبين) أى لمولمات موروثه كابنه الاقل من نصيب الذكر ومن نصيب الانثى فانه ينظر نصيبه على انه ذكر وعلى أنه أنثى فيعطى الاقل منهما وان كان محرما على أحد التقديرين فلا شئ له مثاله أخوان لاب وأم أحدهما خنثى مشكل كان المال بينهما أثلاثا للاخ الثلثان وللخنثى الثلث فيقدر أنثى لانه أقل ولو قدر ذكرا كان له النصف ولو ترك اخ زوجا وأما وأختا لاب وأم هو خنثى كان للزوج النصف وللام الثلث وللخنثى مابقى وهو السدس على أنه عصبة لانه أقل ولو قدر أنثى كان له النصف وكانت المسئلة تعول الى ثمانية وللو ترك زوجا وأما وأختين من أم وأختا لاب وأم هو خنثى كان للزوج النصف وللام السدس وللاختين من الام الثلث ولاخى الخنثى لانه عصبة ولم يفضل له شئ ولو قدر أنثى كان له النصف وعالت المسئلة الى تسعة وللو ترك الرجل ولدا خ هو خنثى وعما لاب وأم أو لاب كان المال للعم ولو قدر الخنثى أنثى لان بنت الاخ لا ترث ولو قدر ذكرا كان المال له دون العم لان ابن الاخ مقدم على العم وقال الشعبى للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى وعن ابن عباس رضى الله عنهما مثله لانه مجهول والتوريث على الاحوال عند التهمة طريق معهود فى الشرع كما فى العتق المبهم والطلاق المبهم اذا تعذر البيان فيه بموت الموقع قبل البيان ولنا أن الحاجة الى اثبات المال ابتداء طارئة بثبت مع الشك فصار كما اذا كان الشك فى وجوب المال بسبب آخر غير الميراث بخلاف المستشهد به لان فيه سبب الاستحقاق متيقن به وهو الانشاء السابق ومحلية كل واحد من المرأتين والعبدين لحكم ذلك السبب ثابتة لكل واحد منهما على السواء من غير ترجيح أحدهما على الآخر وفيما نحن فيه الشك وقع فى سبب الاستحقاق لان وصف الذكورة والانوثة سبب الاستحقاق المقدور وان كان أصل القرابة سبب الاصل الارث والمزاحم للخنثى متيقن

بعد ظهورها بحكم بأنه ذكر أو أنثى فلا حاجة الى قوله بعد ذلك اه (قوله وان مات قبل أن يستبين أمره) وقد راعى اه اتقانى (قوله ويمم بالصعيد) وذلك لان الاصل ان النظر الى العورة حرام وبالموت لا تنكشف هذه الحرمة الا أن تظر الجنس الى الجنس أخف فلاجل الضرورة أبيح النظر للجنس عند الغسل والمراد هو كالبالغ فى وجوب ستر عورته فاذا كان مشكلا لا يوجد له جنس أو لا يعرف جنسه أنه من جنس الرجال أو من جنس النساء فتعذر غسله لانعدام من يغسله فصار بمنزلة من تعذر غسله لانعدام ما يغسل به فييمم بالصعيد وهو نظير امرأة تموت بين الرجال ليس معهم امرأة تغسلها تيمم بالصعيد ثم ان كان المميم أجنبيا يميمها مع الخرقة وان كان ذا رحم محرم منها يميمها بغير الخرقة وكذلك ان مات رجل بين نساء ليس معهن رجل فان النساء يميمنه بالصعيد من غير خرقة ان كن ذات رحم محرم منه وبخرقة ان كن أجانب منه فهذا مثله ❁ فرع ❁ ولا يقسم له من الغنيمة ولكن يرضخ له

ولو كان كافرا فأسر لا يقتل لاحتمال انه أنثى ولا يقدر عليه جزية ولو ارتد لا يقتل ولا يدخل فى القسامة ولا يرث من مولى أبيه بسبب لاحتمال أنه أنثى اه (قوله وان جعل على السرير بعض المرأة فهو أحب) قال فى شرح الكافى وان جعل بعض المرأة فهو جائز لانه أقرب الى الستر وهو مندوب اليه عند اشتباه الامر والنعش شبه الحفة مشبك يطبق على المرأة اذا وضعت على الجنازة وقد مر فى باب الجنازة اتقانى

بسبب استحقاقه فلا يجوز ابطاله ولا تنقيصه بالشك قال رحمه الله (فاذا مات أبو وترك ابنا له سهمان ولخنثى سهم) لانه الاقل وهو متيقن به فيستحقه وعلى قول الشعبي رحمه الله نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى واختلف أبو يوسف ومحمد في تخريج قول الشعبي فقال أبو يوسف رحمه الله المال بينهما على سبعة أسهم للابن أربعة وللخنثى ثلاثة اعتبر نصيب كل واحد منهما حالة انفراده فان الذكر لو كان وحده كان له كل المال والخنثى لو كان وحده ان كان ذكرا كان له كل المال وان كان أنثى كان له نصف المال فأخذ نصف النصيبين نصف الكل ونصف النصف وذلك ثلاثة أرباع المال وللابن كل المال فيجعل كل ربع سهما فيبلغ سبعة أسهم للابن أربعة وللخنثى ثلاثة وانما كان كذلك لان ابن يستحق الكل عند الانفراد وحتى ثلاثة ارباع وليس للمال كل وثلاثة أرباع فيضرب كل واحد منهما بجميع حقه اعتبارا لطريق العول والمضاربة وقال محمد رحمه الله المال بينهما على اثنى عشر سهما سبعة للابن وخمسة للخنثى يعتبر هو نصيب كل واحد منهما في حالة الاجتماع فيقول لو كان الخنثى ذكرا كان المال بينهما نصفين ولو كان أنثى كان أثلاثا فالقسمة على تقدير كورنه من اثنين وعلى تقدير أنوثته من ثلاثة وليس بينهما موافقة فيضرب أحدهما في الآخر يبلغ ستة للخنثى على تقدير أنه أنثى سهمان وعلى تقدير أنه ذكر ثلاثة فله نصف النصيبين وليس للابن الا ثلاثة نصف صحيح فتضرب الستة في اثنين تبلغ اثنى عشر فيكون للخنثى ستة على تقدير أنه ذكر وأربعة على تقدير أنه أنثى فيأخذ نصف النصيبين خمسة لان نصف الستة ثلاثة ونصف الاربعة اثنان هو اعتبر الاحوال في كل حالة في حق الخنثى وفي حق غيره أيضا من الورثة حتى يأخذ كل واحد من الورثة نصف ما يصيبه على التقديرين الا ترى أن الابن يأخذ في هذه المسئلة سبعة لان نصيب الابن على تقدير أن الخنثى ذكر ستة وعلى تقدير أنه أنثى ثمانية فنصف النصيبين سبعة ولو كانت معهما بنت فعند أبي يوسف رحمه الله تكون المسئلة من تسعة لان نصيب بنت النصف حالة انفرادها وللابن الكل وللخنثى ثلاثة أرباع حالة انفراد كل منهما فيجعل كل ربع سهما يبلغ تسعة وعند محمد رحمه الله تصح وفق لانه على تقدير انه ذكر كان له خمسان فله نصفه وهو الخمس وعلى تقدير أنه أنثى كان له ربع فله نصفه وهو الثمن فتخرج الخمس من خمسة ومخرج الثمن من ثمانية وليس بينهما موافقة فتضرب احداهما في الاخرى تبلغ أربعين ومنها تصح المسئلة فللخنثى خمسها ثمانية وثمانية فاجتمع له ثلاثة عشر سهما وللبنت على تقدير أن الخنثى أنثى الربع عشرة وعلى تقدير أنه ذكر الخمس ثمانية فيكون لها نصف النصيبين تسعة وللخنثى على تقدير انه ذكر خمسان وهو ستة عشر وعلى تقدير أنه أنثى ربع وهو عشرة فيكون له نصف النصيبين ثلاثة عشر وللابن خمسان على تقدير ذكورته ونصف على تقدير أنوثته فله نصف النصيبين ثمانية عشر وعلى هذا يخرج لو كانوا أكثر من ذلك على المذهبين فأبو يوسف رحمه الله يجعل لكل بنت سهمين ولكل ابن أربعة ولكل خنثى ثلاثة ولو كان من كل جنس مائة نفس ومحمد رحمه الله يقسم المال بينهم باعتبار تلك الحادثة على التقديرين ويعطي لكل واحد منهم نصف نصيبه على التقديرين ولو كان معهم ذو سهم أخذ سهمه وقسم الباقي بينهم على ما ذكرنا على المذهبين ويروى عن أبي يوسف رحمه الله مثل قول الشعبي فانه رجع اليه آخرا وقال شمس الائمة خرجا قول الشعبي ولم يأخذا به ولو أوصى برجل لمائة في بطن فلانة مائة ألف درهم ان كان ذكرا وبخمسمائة ان كان أنثى فولدت خنثى أعطي الاقل ويوقف الباقي حتى يتبين أمره وعلى قياس قول الشعبي رحمه الله يجب له سبعمائة وخمسون نصف الوصيتين وعندنا يعطى الاقل وهو خمسمائة ومن أحكام الخنثى المشكل أنه لو قبله رجل بشهوة لم يتزوج بأمه الا اذا تبين أنه ذكر لاحتمال انه أنثى فيثبت به حرمة المصاهرة وكذا اذا قبلته امرأة لا تتزوج بأبيه لما ذكرنا وان زوجه أبوه أو مولاه امرأة أو رجلا لا يحكم بصحته حتى يتبين حاله

انه رجل أو امرأة فاذا ظهر انه خلاف ما زوج به بين أن العقد كان صحيحا والا فباطل لعدم مصادفة المحل وكذا اذا زوج الخنثى من خنثى آخر ولا يعكم بصحة النكاح حتى يظهر أن أحدهما ذكر والآخر أنثى واى ظهر انهما ذكران أو اناث بطل النكاح ولا يتوارثان اذا مات قبل التبين لان الارث لا يجرى الا بعد الحكم بصحة النكاح ولو احد على قاذفه بمنزلة المجبوب والرتقاء اذا قذفا لانه اذا كان رجلا فهو كالمجبوب اذ لا يمكنه أن يجامع وان كان امرأة فهو كالرتقاء لانه لا يجامع واذا قطعت يده أو قطع هو يد رجل أو امرأة فلا يجب فيه القصاص لان القصاص لا يجرى في الاطراف بين الرجل والمرأة فلا يجب بالشك وكذا اذا قطع هو يد عبد أو قطعه عبد أو كان هو رقيقا فقطعت يده لان القصاص لا يجرى بين الحر والعبد ولا بين العبدين لما مر من قبل بخلاف ما اذا قتل أو قتل هو بعبد البالغ حيث يجب القصاص لانه لا يمتنع بالرق ولا بالانوثة على ما مينا وفي الشهادة يجعل أنثى لانه المتيقن به والله أعلم

﴿ مسائل شتى ﴾ قال رحمه الله (ايماء الاخرس وكتابته كالبيان بخلاف معتقل اللسان في وصية ونكاح وطلاق وبيع وشراء وقود) وقال الشافعي رحمه الله يجوز كتابته وايماؤه في الوجهين لان العجز انما هو العجز وهو شامل للفصلين ولا فرق بين أن يكون أصلا أو عارضا كالوحشي والمتوحش من الاهلي في حق الذكاة والفرق لنا ان الاشارة انما تقوم مقام العبارة اذا صارت معهودة وذلك في الاخرس دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك وصارت له اشارة معلومة كان بمنزلة الاخرس ولان التفريط جاء من قبله حيث أخر الوصية الى هذا الوقت بخلاف الاخرس لانه لا تفريط من جهته ولان العارض على شرف الزوال دون الاصلي فلا يقاس أحدهما على الآخر والاصح عندنا هو ما روى عن رافع ابن خديج رضي الله عنه أن بعيرا من ابل الصدقة نفر فرماه رجل بسهم فسمى فقال عليه الصلاة والسلام ان لها آوابد كاوابد الوحش فاذا أعجلت شيأ من ذلك فافعلوا بها كما تفعلون بهذا ثم كلوه ثم قدر الامتداد هنا بالثلاثة أيام بسنة وذكر الحاكم أبو محمد رواية عن أبي حنيفة رضي الله عنهما فقال ان دامت المغلة الى وقت الموت يجوز اقراره بالاشارة ويجوز الاشهاد عليه لانه عجز عن النطق بعجز لا يرجى زواله فكان كالاخرس قالوا وعليه الفتوى واذا كانا يماء الاخرس وكتابته كالبيان وهو النطق باللسان تلزمه الاحكام بالاشارة والكتابة حتى يجوز نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشراؤه الى غير ذلك من الاحكام لان الاشارة تكون بيانا من القادر فكذلك من العاجز الا ترى أنه عليه الصلاة والسلام كان أفصح العرب ومع هذا أتى بالاشارة بقوله الشهر هكذا الحديث والكتابة من ناى بمنزلة الخطاب ممن دنا الا ترى أنه عليه الصلاة والسلام بلغ الرسالة الى الغيب بالكتابة فيكون ذلك حجة عليهم كما اذا بلغهم بالعبارة فاذا كان الكتاب كالخطاب عند ما عجز فحق الاخرس أولى لان عجزه أظهر وألزم عادة لان الغائب يقدر على الحضور بل يحضر ظاهرا والاخرس لا يقدر على النطق والظاهر بقاؤه على الدوام ثم الكتاب على ثلاث مراتب حسنين مرسوم وهو أن يكون معنونا أى مصدرا بالعنوان وهو أن يكتب في صدر من فلان الى فلان على ما جرت به العادة في تسيير الكتاب فيكون هذا كالنطق فلزم حجة ومستبين غير مرسوم كالمكتوب على الجدران وأوراق الاشجار وعلى الكاغد لا على وجه الرسم فان هذا يكون لغوا لانه لا عرف في اظهار الامر بهذا الطريق فلا يكون حجة الا بانضمام شئ آخر اليه كالنية والاشهاد عليه والاملاء على الغير حتى يكتبه لان الكتابة قد تكون للتجربة وقد تكون للتعنت وبهذه الاشياء تتعين الجهة وقيل الاملاء من غير اشهاد لا يكون حجة والاول أظهر وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع ولا يثبت به شئ من الاحكام وان نوى قال رحمه الله (لا في حد) أى لا تكون اشارته وكتابته كالبيان في الحدود لانها تندرئ بالشبهة لكونها حق الله تعالى فلا حاجة الى اثباتها ولعله كان مصدقا فالقاذف ان قذف هو فلا يتيقن بطلبه الحد وان كان هو القاذف فقذفه ليس بصريح والحد

(قوله وكذا اذا زوج الخنثى من خنثى آخر الخ) قال في معراج الدراية نقلا عن المبسوط والذخيرة لو زوج الخنثى من خنثى مشكل آخر فالنكاح موقوف حتى يتبين أمرهما اه (قوله لانه لا يجامع) ولاحد في قذف الرتقاء اه معراج (قوله واذا قطعت يده الخ) سواء كان القاطع رجلا أو امرأة اه

﴿ قوله مسائل شتى ﴾ أى متفرقة من كل باب يقال شتى وشتان قال تعالى وقلوبهم شتى أى متفرقة واريد مسائل شتى في آخر الكتب من دأب المصنفين اه (قوله مستبين) وهو صريح لا يحتاج الى النية اه (قوله مرسوم) المقصود من المرسوم أن يكون على الوجه المعتاد في اظهار الامر عرفا كالمكتب المعنونة والمحاضر والسجلات والقصص ونحوها اه يعني (قوله ومستبين غير مرسوم) وهو كتابة فيحتاج الى النية اه (قوله لا على وجه الرسم) أى لا على وجه المعتاد في اثبات المقاصد كما يكتب على الكاغد لتجربة المداد أو القلم أو الخط ونحوها اه (قوله كالبيان) فان كان صحيحا بين نيته بلسانه وان كان أخرس بين نيته بكتابته كذا في المبسوط اه

لا يجب الا بالقذف بصريح الزنا وفي القصاص اعتبر طلبه لانه حق العبد وحق العبد لا يختص بلفظ دون لفظ وقد ثبت بدون اللفظ كالتعاطي وهذا لان الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة ألا ترى أن الشهود لو شهدوا بالوطء الحرام لا يجب الحد عليه ولو شهدوا بالقتل المطلق أو أقر بمطلق القتل يجب عليه القصاص وان لم يوجد لفظ التعمد وهذا لان القصاص فيه معنى المعاوضة لانه شرع جابرا لجنايته مع شبهة المعاوضة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد أما الحدود فانظاهر صحتها تعالى شرعت زاجرة وليس فيها معنى البداية أصلا فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة وذكر في كتاب الاقرار أن الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه ويحتمل أن يكون جوابا في الاخرس كذلك فيكون في الغائب والاخرس روايتان ويحتمل أن يكون معذورا لذلك لان الغائب يتمكنه الوصول في الجملة فيعتبر بالمطلق ولا كذلك الاخرس انتهى عذر لطلق في حقه للاقة التي بدقلت المسئلة على أن الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا رحمهم الله ان الاشارة لا تعتبر مع القدرة على الكتابة فانه لا فرق بين الاشارة بجهة ضرورية وبالضرورة مع القدرة على الكتابة فلا كل واحد منهما بجهة ضرورية في الكتابة زيادة بيان لو توجد في الاشارة لان قصد الساكت في الكتابة معلوم حسا وعادة وفي الاشارة زيادة أثر لم توجد في الكتابة لان الاصل في البيان هو الكلام ولان وضعه والاشارة أقرب اليه لان العلم الحاصل بها حاصل بما هو متصل بالمتكلم وهو اشارته بيده أو رأسه فصارت أقرب الى النطق من آثار الاقلام فاستويا ولا يقدم على الآخر بل يخير لوجود اذكره بكلمة أو وهي التخيير وقالوا ان صحت بوما أو يومين لحكم كالمتقل لسانه حتى لا يجوز بالايماء والكتابة اقراره وقيل هذا تفسير لمتقل اللسان قال رحمه الله (غنم مذبوحة ومينة فان كانت المذبوحة أكثر نحرتي وأكل والا لا) وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز الاكل في حالة الاختيار بالتحري وان كانت المذبوحة أكثر لان التحري دليل ضروري فلا يصار اليه من غير ضرورة ولان ضرورة الاكل في حالة الاختيار ولنا أن الحلية تتقل بمزلة الضرورة في افادة الاباحة ألا ترى أن أسواق المسلمين لما تحاوزت المحرم من مسروق ومغصوب ومع ذلك يباح التناول اعتمادا على الظاهر وهذا لان القليل منه لا يمكن التحرز عنه ولا يستطاع الامتناع منه فسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل النجاسة في البدن أو الثوب بخلاف ما اذا كانت الميتة أكثر أو استويا لانه لا ضرورة اليه لقلته فيمكن الاحتراز قال رحمه الله (الف ثوب نجس رطب في ثوب طاهر يابس فظهرت رطوبته على ثوب طاهر لكن لا بسيل لو عصر لا ينجس) لانه اذا لم يتقاطر منه بالعصر لا ينفصل منه شيء والنجاسة لا تجاوز بالنشر اذ وقد بلك لا ينجس به وذكر المرغيناني ان كان اليابس هو الطاهر ينجس لانه يأخذ بللا من النجس الرطب وان كان اليابس هو النجس والداهر الرطب لا ينجس لان اليابس النجس لا يأخذ بللا من الطاهر ولا يأخذ الرطب من اليابس شيأ ويحمل على أن مراده بما اذا كان الرطب ينفصل منه شيء وفي لفظه اشارة اليه حيث نص على أخذ البلة وعلى هذا اذا نشر الثوب المبلول على حبل نجس وهو يابس لا ينجس الثوب لما ذكرناه من المعنى وقال فانضحه في قولهم اذا نام الرجل على فراش فأصابه مني وليس وعرق الرجل وبلل الفراش من عرقه ان لم يظهر له أثر البلل في بدنه لا ينجس جسده وان كان العرق كثيرا حتى ابتل الفراش ثم أصاب بلل لفراش جسده وظهر أثره في جسده ينجس بدنه وكذا الرجل اذا غسل رجله فمشى على أرض نجسة بعد ما تكعب فابتل الارض من بلل رجله واسود وجه الارض لكن لم يظهر أثر بلل الارض في رجله فصلى جازت صلاته وان كان بلل المتعفن رجله كثير حتى ابتل وجه الارض وصار رطبا أصاب الطين رجله لا تجوز صلاته وليمش على أرض نجسة رطبة ورجله يابسة تنجس قال رحمه الله (وما شاة مذبوحة بالدم أحرق وزال عنه الدم فانحة نفسه مرقة بارد والحرق كالغسل) لان النار تأكل ما عليه من النجاسة حتى لا يبقى فيه شيء أو تحيله بصير الدم رمادا فيطهر

(قوله وفي القصاص الخ) الفرق بين الحقوق والعقود من وجهين أحدهما أن العقود حق العبد وهو محتاج فيه بتعبير فيه الاشارة للضرورة والحدود حق الله تعالى وهو غني عن العالمين فلا يعتبر فيها ما فيه شبهة العوضية لانه شرع جابرا والاعواض تثبت مع الشبهة والحدود ليست كذلك اه يحيى (قوله ويحتمل أن يكون جوابا في الاخرس كذلك) أي لا يكون حجة اه (قوله وعلى هذا) أي على ما قال المرغيناني اه

(قوله ولابي يوسف أن صاحب الخراج) أي صاحب الارض اذا كان هملا للخراج بأن كان من المقاتلة مثلا وسع توله الخراج عليه لانه محله اه يحيى (قوله في المتن وله دفع الاراضي المملكة) كذا بخط الشارح اه (قوله دفع الامام الاراضي الخ) الامام يدفعها من زراعة فان لم يجد من يأخذها من زراعة يؤجرها ويكون الاجر لرب الارض يؤدي منه الخراج فان لم يجد من يستأجرها يدفع الى رب الارض من بيت المال مقدار ما يعمرها به لانه مأمور بتعمير مال بيت المال بأي وجه يتهيأ فان أراد السلطان أن يأخذها لنفسه يبيعها من غيره ثم يشتري من المشتري كذا في فتاوى قاضيخان (قوله يأخذ الخراج الماضي) الذي يخط الشارح يأخذ الخراج الماضية اه (قوله على الطيب والمفتي الجاهل) كذا هو بخط الشارح اه (قوله وان شاء دفع فعامها) الذي يخط الشارح وان شاء دفع اه (قوله وأطعمها) كذا هو بخط الشارح اه (قوله والاصح أنه يجوز في رمضان الخ) أو وجب عليه قضاء يومين من رمضان واحد فصام ويعين الاول جاز وكذا لو كان من رمضانين على المختار حتى لو نوى القضاء لاغير جاز اه فتح القدير

بالاستغلال ولهذا لو أوقفت العذرة وصارت رمادا طهرت للاستصناع كالخمر اذا تخللت وكالخمر اذا وقع في الملحة وصار ملحا وعلى هذا قالوا انا نجس التنور بطهر بالنار حتى لا يتنجس الخبز وكذلك اذا تنجست مسحة الخباز تطهر بالنار قال رحمه الله (سلطان جعل الخراج لرب الارض جاز وان جعل العشر لا) وهذا عند أبي يوسف رحمه الله وقال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يجوز فيهما لانهما في جماعة المسلمين ولابي يوسف رحمه الله أن صاحب الخراج لمحق في الخراج فصح تركه عليه وهو صلة من الامام والعشر حق الفقراء على الخلوص كالزكاة فلا يجوز تركه عليه وعلى قول أبي يوسف رحمه الله الفتوى قال رحمه الله (ولو دفع الاراضي المملوكة الى قوم ليعطوا الخراج جاز) معناه أن أصحاب الخراج اذا عجزوا عن زراعة الارض وأداء الخراج دفع الامام اراضي الى غيرهم بالاجرة أي يؤجر الاراضي المقادير من على الزراعة ويأخذ الخراج من أجرتها فان فضل شئ ممن أجرتها يدفعه الى أصحابها وهم الملاك لانه لا وجه الى ازالة ملكهم بغير رضاهم من غير ضرورة ولا وجه الى تعطيل حق المقاتلة تتعين ما ذكرنا فان لم يجد من يستأجرها يعيها الامام لمن يقدر على الزراعة لانه لو لم يبعها يفوت حق المقاتلة في الخراج أصلا ولو باع يفوت حق المالك في العين والفوات الى خلف كلا فوات فيبيع لحجة بقاء النظر من الجانبين وليس له أن يملكها غيرهم بغير عوض ثم اذا باعها يأخذ الخراج الماضي من الثمن ان كان عليهم خراج ويرد الفضل الى أصحابها ثم قيل هذا قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لان عندهما القاضي يملك بيع مال المديون في الدين والنفقة وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا يملك ذلك فلا يبيعها لكن يأمر ملاكها ببيعها وقيل هذا قول الكل والفرق لابي حنيفة رضي الله عنه بين هذا وبين غيره من الديون أن في هذا الزام ضرر خاص لنفع العام ولازالة الضرر عن العام وذلك جائز عنده ألا ترى أنه يرى الحجر على الطبيب الماجن والمفتي الجاهل والمكاري المفلس لدفع الضرر عن العامة فكذا ضرر تعطيل الخراج يرجع الى العامة فجاز ما ذكرنا لدفعه ولان الخراج حق متعلق برقبة الارض فصار كدين العبد المأذون له في التجارة ودين الميت في التركة فان القاضي يملك البيع فيهما لتعلق الحق بالرقبة فكذا هذا وذكر في النوادر عن أبي حنيفة رحمه الله أن أهل الخراج اذا هربوا ان شاء الامام عمرهما من بيت المال والغلة للمسلمين وان شاء دفع الى قوم وأطعمهم على شئ فكان ما يأخذ للمسلمين لان فيه حفظ الخراج على المسلمين والملك على أربابها فاذا عمرهما من بيت المال يكون قدر ما ينفق في عمارتها قرضا لان الامام مأمور بتعمير بيت المال بأي وجه يتهيأ له قال رحمه الله (ولو نوى قضاء رمضان ولم يعين اليوم صح ولو عن رمضانين كفضاء الصلاة صح وان لم ينو أول صلاة أو آخر صلاة عليه) معناه لو كان عليه قضاء صوم يوم أو أكثر من رمضان واحد فقضاه ناويا عنه ولم يعين أنه عن يوم كذا جاز وكذا لو صام ونوى عن يومين أو أكثر جاز عن يوم واحد ولو نوى عن رمضانين أيضا يجوز وكذا قضاء الصلاة أيضا يجوز وان لم يعين الصلاة بوقتها ولم ينو أول صلاة عليه أو آخر صلاة عليه وهذا قول بعض المشايخ والاصح أنه يجوز في رمضان واحد ولا يجوز في رمضانين ما لم يعين أنه صائم عن رمضان سنة كذا على ما تبين وكذا في قضاء الصلاة لا يجوز ما لم يعين الصلاة ويومها بأن يعين ظهر يوم كذا مثلا ولو نوى أول ظهر عليه أو آخر ظهر عليه جاز لان الصلاة تعينت بتعيينه وكذا الوقت تعين بكونه أولا أو آخرا فان نوى أول صلاة عليه وصلى فما يليه يصير أولا أيضا فيدخل في نيته أول ظهر عليه ثانيا وكذا ثالثا الى ما لا يتناهى وكذا الآخر وهذا مخلص من لم يعرف الاوقات التي فاتته أو اشتبهت عليه وأراد التسهيل على نفسه والاصل فيه أن الفروض متزاحمة فلا بد من تعيين ما يريد أداءه حتى تبرأ ذمته منه لان فرضا من الفروض لا يأتي بنية فرض آخر فلهذا وجب التعيين بالنية والشرط تعيين الجنس بالنية لانها شرعت لتمييز الاجناس المختلفة ولهذا يكون التعيين في الجنس الواحد لغوا لعدم الفائدة والتصرف اذا لم يصادف محله يكون لغوا ويعرف اختلاف الجنس باختلاف السبب والصلوات

كلها من قبيل المختلف حتى الظهر من يومين أو العصرين من يومين لأن وقت الظهر من يوم غير وقت الظهر من يوم آخر حقيقة وحكما لان الخطاب لم تتعلق وقت بعينه مما بعد سلوك الشمس ونحوه لدخول في الظهر من يوم غير الدلوك في يوم آخر بخلاف صوم رمضان لانه متعلق بشهود الشهر بقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه وهو حد فلا يعبارة عن ثلاثين يوما بليا لها فلذلك لا يحتاج فيه الى تعيين صوم يوم كذا حتى لو كان عليه قضاء يوم بعينه فصامه بنية يوم آخر أو كان عليه قضاء صوم يومين أو أكثر فصام تاما يجزئه عن قضاء يومين أو أكثر بخلاف ما اذا فاتا عن رمضانين أو عن رمضان آخر حيث لا يجوز عن واحد منهما لاختلاف السبب فصار كما لو فاتا عن ظهر اين عن عصر أو فوتي ظهر يوم السبب وعليه ظهر يوم الخميس وعلى هذا أداء الكفارات لا يحتاج فيه الى التعيين في جنس واحد ونوعين لغا وفي الاجناس لا لعدمه وقدذكرنا تفاصيلها في كفارة الظهار وذكر في المحيط في كتاب الكفارات أن نية التعيين في الصلاة انما تشترط باعتبار أن الواجب مختلف متعدد بل باعتبار أن مراعاة الترتيب واجب عليه ولا يمكنه مراعاة الترتيب إلا بنية التعيين حتى لو سقط الترتيب بكثرة الفوائت لتكسبه بنية لظهر لا عصر وهذا مشكل وماذكره أصحابنا مثل قاضيخان وغيره بخلاف ذلك وهو المعتمد لما ذكرنا من المعنى ولان ما ذكره لو كان كما قاله لجازمه وجوب الترتيب أيضا لامكان صرفه الى الاول لا يجب التعيين عنده ولا يفيد لا حتمال رجعه اه (يتلع يزاق غيره كفر لو صدقه ولا لا) أي اذا تلع الصائم بزق غيره فان كان بزاق صديقه يجب عليه الكفارة وان لم يكن صديقه يجب عليه القضاء دون الكفارة لان البزق نعافه لنفس وتستقذره اذا كان من غير صديقه فصار كالعين ونحوه مما تعافه الانفس وان كان من صديقه لا تعافه فصار كالبزاق والريق ونحوذلك مما تشتهيه الانفس قال رحمه الله (قتل بعض اطباع عذر في ترك الحج) لان أمن الطريق شرط الوجوب أو شرط الاداء على ما بينا في المناسك ولا يحصل ذلك مع قتل بعض اطباع في طريق الحج فكان معذورا في ترك الحج فلذا يأثم بذلك وقدذكرنا هناك مستوفاة في المناسك وذكرنا الخلاف فيها فافهم لعبده اما قال رحمه الله (منعها زوجها عن الدخول عليها وهو لا يسكن معها في بيتها تشور) لانها حبست نفسها منه بغير حق فلا تجب النفقة لها ما دامت على منعه فيتحقق النشوز منها فصار كحبسها نفسها في منزل غير هاهذا اذا منعته ومرادها السكنى في منزلها وان كان المنع لينقلها الى منزله لا تكون ناشزة لان السكنى واجبة لها عليه فكان حبسها نفسها منه بحق فلا تسقط نفقتها لان التقصير حاصل جهته فصار كما اذا حبست نفسها لاستيفاء مهر هابخلاف ما اذا حبست بسبب دين عليها أو غصبها غاصب وذهب بها لان النفوت ليس من قبله وبخلاف ما اذا كانت ساكنة معه في منزله ولم تمكنه من الوطء لانه يمكنه الوطء كرها غالب فلا يعد تمنعا قال رحمه الله (ولو سكن في بيت الغصب فمنعته) أي لا تكون ناشزة لانها معذورة اذ السكنى فيه حرام قال رحمه الله (قالت لا أسكن معك أو تريد متاعي حدة ليس لها ذلك) لانه لا يمكنه من مخدمه فلا يمكن منعه من ذلك قال رحمه الله (قالت مر أملاكه فقال دانه كبر وكرده كبر أوداده باذو كرده باد ينوي ولو قال دانه است كرده است يقع نوى أولا ولو قال دانه أنكار كرده أنكار لا يقع وان نوى ◆ وى مر انشايذ تا بما مت أوهمه مهر لا يقع الابنية ◆ حيلة زنان كن اقرار بالملك وحيلة خويش كن لا كابين تراببخشيدم مارا أز جست بازدادان طلقها سقط المهر والا لا ◆ قال لعبده يا مالكي أو قال لامته أنا عبدك لا يعتق) لانه ليس بصريح العتق ولا كناية عنه فلا يكون فيه شئ مما يقتضي العتق بخلاف قوله يا مولاي لان حقيقته تنفي عن نبوت الولاء على العبد دون العتق فيعتق لانه يمكن اثباته من جهته وقوله يا مالكي أو أنا عبدك حقيقته تنفي عن ثبوت الملك للعبد على المولى ولا يمكن اثباته من جهة المولى لامقصود العدم قدرته على ذلك ولا

(١) سقط من نسخ الشارح التي بأيدينا بعد هذا جملة مسائل بالعربية وفقد تنبه عشي على أنه لم يتكلم عليها فأثبتناها بالهامش كاري اه مصححه

توزن من شدنى فقالت شدم نم بنعقد ◆ خويشتن دارين سن كرد انشدنى فقالت كردا بسدم ◆ قال بذيرفتم ينعقد ◆ دختر خويشتن را بپسر من أرزانى داشتى فناه داشتم لا ينعقد ◆ منعها زوجها عن الدخول عليها وهو لا يسكن معها في بيتها تشوز وليس بنشوز في بيت الغصب فاستثنى منه لا قالت لا أسكن مع أمتك وأريد بيتا على حدة ليس لها ذلك قالت مر املاكك دانه فقال دانه كبر وكرده كبر أوداده باذو كرده باد ينوي ولو قال دانه است كرده است يقع نوى أولا ولو قال دانه أنكار كرده أنكار لا يقع وان نوى ◆ وى مر انشايذ تا بما مت أوهمه مهر لا يقع الابنية ◆ حيلة زنان كن اقرار بالملك وحيلة خويش كن لا كابين تراببخشيدم مارا أز جست بازدادان طلقها سقط المهر والا لا ◆ قال لعبده يا مالكي أو قال لامته أنا عبدك لا يعتق

كان نكتم اقرار بالعين بالله تعالى وان قال بر آمن سوكند است بطلاق لزمه ذلك قال قلت ذلك كذبا لا يمين ولو قال مر ا سوكند خانه است كما بين كان نكتم فهو اقرار بالعين بالطلاق ◆ قال للبائع بهارا باز ده فقال البائع بدرهم يكون هذا البيع

(قوله في المتن عقار لافي ولاية القاضي الخ) (٢٢٢) وفي فصول الاستروشني لو أقام المدعي على رجل عقارا في يده فبرهن المدعى عليه قبلت بينته وقضى بها للمدعي وجاز قضاؤه وان لم تكن العقار في ولاية هذا القاضي هكذا ذكر في فصل دعوى الدور والاراضي من دعوى فتاوى قاضيخان وفي الباب الاول من فتاوى رشيد الدين وفي كرعلاء الدين الدبادي في متفرقات فتاواه هذه المسئلة وقال يجوز حكم القاضي اذا كانت المدعى به في ولايته من الفلة اه (قوله هل يعتبر المكان أو الاهل) أي أهل المكان المتنازع فيه بعتبر أن يكونوا من أهل محل ولاية القاضي ويخرج على هذين الوجهين لو كان العقار لافي محل ولايته والاهل ليسوا من محل ولايته لاينفذ قضاؤه على القولين هذا ما ظهر لكاتبه حال المطالعة اه (قوله لان رأيه الاول قد ترجح بالقضاء فلا ينقض) الحاصل أن قضاء القاضي لا ينقض الا اذا تبين خطؤه بيقين كأن قضى بموت شخص ثم جاء حيا ونحو الواقف كنص الشارع فلو تبين نص الواقف على خلاف القضاء اعتبر الرجوع عنه ولزم ابطاله اه يحيى (قوله لو باع عقارا وابنه أو امرأته حاضر) قال قاضيخان رجمه الله في كتاب الدعوى في باب ما يبطل دعوى المدعي وفيما اذا باع الرجل شيأ بحضرة امرأته وهي ساكتة ثم ادعت بعد ذلك انها كانت المشاع فيه قال بعضهم لا تسمع دعواها والصحيح أنها تسمع اه زمانا

مقتضى لان من شرطه أن يثبت المقتضى فيثبت في ضمنه المقتضى وثبوت المقتضى وهو الملك حكما لما ذكرنا فلا يثبت المقتضى بدونه قال رحمه الله (العقار المتنازع فيه لا يخرج من يد ذي اليد الا ببرهان المدعي) أي اذا ادعى عقارا لا يكتفي بذكر المدعي أنه في يد المدعى عليه وبتصديق المدعى عليه في ذلك بل لابد من اقامة البينة أنه في يد المدعى عليه حتى تسمع دعواه أو علم القاضي في الصحيح لان يد المدعى عليه لا يقدمه للتصرف المدعى عليه اذ هو شرط فيها ويحتمل أن يكون في يد غيره فباقامة البينة تنتفي تهمة المواضعة فاذا أمكن القضاء عليه بالخراجه من يده فخلاف المنقول لان البدفيه مشاهدة فلا يحتاج الى اثباتها بالبينة قال رحمه الله عقارا لافي ولاية القاضي لا يسمع قضاؤه فيه) لانه لا ولاية في ذلك المكان وقد اختلف المشايخ هل يعتبر المكان أو أهل المكان وقيل يعتبر الاهل حتى لا ينفذ قضاؤه في غير ذلك المكان على قول من اعتبر المكان ولا في غير ذلك الاهل على قول من اعتبر الاهل واذا خرج القاضي مع الخليفة من المصر فقضاؤه وان خرج وحده لم يجز قضاؤه وهذا ينبغي أن يكون على قول من اعتبر المكان لان الانضمام من أعلام الدين فيكون المصر شرطا فيه كالجمعة والعيدين وعن أبي يوسف أن المصر ليس بشرط فيه والية أشار محمد أيضا في كتاب أدب القاضي (١) فقال ان المصر شرط لنفوذ القضاء قال رحمه الله (اذا قضى القاضي في حادثة بينة ثم قال رجعت عن قضائي أو بدا لي غير ذلك أو وقعت في تلبيس الشهود أو أبطلت حكمي وتحودث لا يعتبر والقضاء على ان كان بعقد عرى صحيحة وشهادة مستقيمة) لان رأيه الاول قد ترجح بما قضاء فلا ينقض باجتهاد مثله ولا بمثل الرجوع عنه ولا ابطاله لانه تعطل به حق الغير وهو المدعي ألا ترى أن الشاهد اذا قتل شهادته القضاء لا يسع رجوعه ولا بمثل ابطالها لما ذكرنا هكذا ذكر القاضي وقال الشعبي رحمه الله كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقضي بالقضاء ثم ينزل عليه القرآن بعد ذلك فيخالفه فلا يرد قضاءه ويستأنف وقال صاحب المحيط وهذا يدل على أن القاضي اذا قضى بالاجتهاد في حادثة لا نص فيها ثم تحول عن رأيه بالاجتهاد ينقض في المستقبل بما هو أحسن عنده ولا ينقض ما مضى من قضائه لان حدوث الاجتهاد والرأي دون نزول القرآن والنبي صلى الله عليه وسلم لم ينقض القضاء الذي قضى بالرأي بالقرآن الذي نزل بعده فهذا أولى بخلاف ما اذا قضى باجتهاد في حادثة ثم تبين نص بخلافه فانه ينقض ذلك القضاء ورسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باجتهاد ونزل القرآن بخلافه ومع ذلك لم ينقض قضاءه الاول والفرق أن القاضي حال ما قضى باجتهاد لم النص الذي هو مخالف لاجتهاده كان موجودا ممتنعا لانه يخفى عليه فكان الاجتهاد في محل النص فلا يصح والنبي صلى الله عليه وسلم حال ما قضى باجتهاده كان الاجتهاد في محل لا نص فيه فصح وصار ذلك شريعة فاذا نزل القرآن بخلافه صار ناسخا لتلك الشريعة قال رحمه الله (حتى لو قالوا نحن أحرار مع أنا في يد رجل من شيء فأقر به وهم يرونه ويسمعون كلامه وهو لا يراهم جازت شهادتهم) أي اذا حضر رجل جماعة في مكان ثم سأل رجلا آخر عن شيء مثل دين له عليه فأقر به المسؤل والجماعة يرونه ويسمعون كلامه والمقر لا يراهم جازت شهادتهم عليه بذلك الاقرار لان الاقرار مو جب بنفسه وقد علموه والركن في اطلاق أداء الشهادة قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال عليه الصلاة والسلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع قال رحمه الله (وان سمعوا كلامه ولم يروه لا) أي لا تجوز شهادتهم لان النغمة تشبه النغمة فيحتمل أن يكون المقر غيره فلا يجوز لهم أن يشهدوا عليه مع الاحتمال الا اذا كانوا دخلوا البيت وعلموا أنه ليس فيه أحد سواه ثم جلسوا على الباب وليس للبيت مسلك غيره ثم دخل رجل فسمعوا الاقرار الداخل ولم يروه وقت الاقرار لان العلم حصل لهم في هذه الصورة فجاز لهم أن يشهدوا عليه قال رحمه الله (باع عقارا وبعض أقاربه حاضر يعلم البيع ثم ادعى أنه لم يسمع دعواه لم يعين القريب هنا وفي الفتاوى لابي الليث رحمه الله عينه فقال لو باع عقارا وابنه أو امرأته حاضر يعلمه وتصرف المشتري فيه

(١) قول الشارح فقال ان المصر شرط الخ هذه الزيادة في بعض النسخ دون بعضها وتأمل وجه الاشارة بها اه مصححه

(قوله اتفق مشايخنا) أي مشايخ بخارى فقالوا تسمع فينتظر المفتى فى ذلك فان كان فى أصل كبر رأيه انها لا تسمع لاشتهار المدعى بالحيل والتلبيس وأنتى به كان حسنا تاتارخانية اه تصول (قوله وتقييده بالغريب ينفى جواز ان تسمع الغريب) أى اذا رأى أجنبيا يبيع ماله فسكت ولم ينهه لا ينفذ ذلك عليه بكونه كالمتقدم فى كتاب المأذون اه (قوله وان أراد تحليف المدعى عليه ليس له ذلك) رجل باع أرضا ثم ان الذى كانت وقفا أو غاصب وقف على ملكه ليس له بينة وأراد تحليف المدعى عليه ليس له أن يحلفه لأن التحليف مرتب على دعوى صحيحة والدعوى هنا لم تصح لتحقق التناقض فان أقام المدعى البينة قال أبو حنيفة رحمه الله تقبل البينة وينقض البيع لان أكثر ما فيه أن الدعوى لم تصح بقيت الشهادة بلا دعوى الا أن الشهادة على الوقف مقبولة من غير دعوى كالشهادة على عتق المدبر به أخذ الصدر الشهيد فى واقعاته قال الفقيه أبو الليث وقال بعض الناس (٢٢٣) لا تقبل البينة ولكنا لا نأخذ بهذا قد ذكرنا الشهادة على الوقف صحيحة بدون الدعوى مطلقا وهذا الجواب على الاطلاق غير صحيح وانما الصحيح أن كل وقف هو حق الله تعالى فالشهادة عليه صحيحة بدون الدعوى وكل وقف هو حق العباد فالشهادة عليه لا تصح بدون الدعوى اه وقف الذخيرة وقال قاضيخان فى فتاواه فى كتاب الوقف رجل باع أرضا ثم ادعى انه كان وقفها قبل البيع فأراد تحليف المدعى عليه ليس له ذلك عند الكل لان التحليف يعتمد صحة الدعوى وقد دعواه لم تصح لامكان التناقض ثم ان أقام البينة على ما ادعى اختلفوا فيه قال بعضهم لا تقبل بينته لانه ناقض وقال بعضهم تقبل بينته لان التناقض جمع الدعوى وعلى قول الفقيه أبى جعفر الدعوى لا تشترط لقبول البينة على الوقف لان المدعى حق الله تعالى وهو التصدق بالغلة فلا يشترط فيه الدعوى كالشهادة على الطلاق وعتق الامة الا ان كان هناك موقوف عليه مخصوص ولم يدع له بعطى من الغلة شأ ويصرف جميع الغلة الى الفقراء لان الشهادة قبلت لحق الفقراء فلا يظهر الا فى حق الفقراء وقال مولانا رحمه الله وينبغى أن يكون الجواب على التفصيل ان كان الوقف على قوم بأعيانهم لا تقبل البينة عليه بدون الدعوى عند الكل وان كان الوقف على الفقراء أو على المسجد على قول أبى يوسف ومحمد تقبل البينة بدون الدعوى وعلى قول أبى حنيفة لا تقبل اه قال قاضيخان رحمه الله فى فصل لا يسعه فى رجل باع عبدا ثم ادعى أنه كان أعتقه ثم باعه بعد ما وقف اختلف المشايخ فيه وما لا يسعه أنه لا يسعه دعواه كما لو ادعى أنه باعه وهو لغيره بخلاف ما لو باع عبدا ثم ادعى أنه مدبر أو ادعى أنه أعتقه ثم باعه فانه تسمع دعواه اه (قوله وهو أصون وأحوط) تبعه فيه العينى وبأكثر (قوله وقال فى جامع الاصغر اذا بيع متاع انسان الخ) قال الشارح فى كتاب المأذون عند قولهم وبثبت بالسكوت ما تبعه بخلاف ما اذا سكت عند ما رأى الاجنبى يبيع ماله لانه توكيل والتوكيل بتصرف الوكيل لا يثبت بالسكوت اه

أقر مولست بمطل فيما تدعيه عليه) من الاقرار وهذا قول أبي يوسف رحمه الله وهو الاستحسان وعندهما يؤمر بتسليم المقر به الى المقر له وهو القياس لان الاقرار حجة ملزمة شرعا فلا يصار معه الى اليمين كالبينة بل أولى لان احتمال الكذب فيه أبعد فلذلك وجه الاستحسان أن العادة جرت بين الناس أنهم يكتبون الصك اذا أرادوا الاستدانة قبل الاخذ ثم ما يحدث من المال فلا يكون الاقرار دليلا على اعتبار هذه الحالة فيحلف وعليه الفتوى لتغير أحوال الناس وكثرة الخداع والخيانات وهو يتضرر بذلك والمذهب الاول لتضرره اذا كان صادقا فيصار اليه قال رحمه الله (أو قال لا آخر وكلتك ببيع هذا فسكت صار وكيلا) لان سكوته وعدم رده من ساعته دليل القبول عادة ونظيره هبة الدين ممن عليه الدين فانه اذا سكت صحت الهبة وسقط الدين لما مر وان قال من ساعته لا أقبل بطل وبقي الدين على حاله وكذا لو قال جعلت أرضي عليك وقفا فسكت صح ولو قال لا أقبل بطل وقال الانصاري الوقف لا يبطل بقوله لا أقبل لانه وقع لله تعالى والاشبه أن يكون هذا قول أبي يوسف رحمه الله لما عرف من أصله أنه يصير وقفا بمجرد قوله وقفت داري قال رحمه الله (وكلما بطلا فلها لا يملك عزلها) لانه يعين من جهته لما فيه من معنى اليمين وهو تعليق الطلاق بفعلها فلا يصح الرجوع في اليمين وهو تمليك من جهته لان الوكيل هو الذي يعمل لغيره وهي عاملة لنفسها فلا تكون وكيلة بخلاف الاجنبي قال رحمه الله (وكذلك بكذا على أن متى عزلتك فأنت وكيلي يقول في عزله عزلتك ثم عزلتك) أي ثم يقول عزلتك لان أن الوكالة يجوز تعليقها بالشرط فيجوز تعليقها بالعزل عن الوكالة فاذا عزله انعزل عن الوكالة المنجزة وتنجزت المعلقة فصار وكيلا جديدا ثم بالعزل الثاني انعزل عن الوكالة الثانية قال رحمه الله (ولو قال كلما عزلتك فأنت وكيلي يقول رجعت عن الوكالة المعلقة وعزلتك عن الوكالة المنجزة) لانه لو عزله عن المنجزة ثم من غير رجوع لصار وكيلا مثلما كان ولو عزله ألف مرة لان كلمة كلما تقتضي تكرارا لافعال لا الى نهاية فلا يفيد العزل الا بعد الرجوع حتى لو عزله ثم رجع عن المعلقة يحتاج الى عزل آخر لانه كما عزله صار وكيلا فلا يفيد الرجوع بعد ذلك عن المعلقة في حقها لانه يحتاج الى عزل آخر بعد الرجوع وقيل يقول في عزله كلما وكلتك فأنت معزول لانه كلما صار وكيلا انعزل فيصير مقصودهما الاول أو جه وهذا لا يفيد في الحقيقة لانها انعزلت كلما وكل لاجل اليمين الثانية بتوكيل أيضا كلما انعزل لاجل اليمين الاولى فيبقى دائما وكيلا منعزلا فلا ينقطع الا بالرجوع عن الوكالة المعلقة على ما مر قال رحمه الله (قبض بدل الصلح شرط ان كان دينا بدين) بان وقع الصلح على دراهم عن دنانير أو عن شيء آخر غير النقدين لانه متى وقع الصلح على غير ما يستحقه الدائن بعقد المداينة وهو مال يحمل على المعاوضة فاذا حمل على المعاوضة صار صرفا أو بيعا وفيه لا يجوز الافتراق عن الدين بالدين لنهيه صلى الله عليه وسلم عن الكالئ بالكالئ وقد بناه من قبل في كتاب الصلح وغيره قال رحمه الله (والا لا) أي ان لم يكن دينا بدين لا يشترط قبضه لان الصلح اذا وقع على عين متعين لا يبقى دينا في الذمة بخلاف الافتراق عنه وان كان مال الربا كما اذا وقع الصلح على شعير بعينه عن حنطة في الذمة وقد بناه من قبل قال رحمه الله (اذا صالح رجل على صبي دارا فسلمه أبوه على مال الصبي فان كان للمدعى بينة جازان كان بمثل القيمة أو أكثر بما يتغابن فيه وان لم يكن له بينة أو كانت غير عادلة لا) أي لا يصح ان كان للمدعي بينة وكان الصلح على مثل القيمة أو أكثر بقدر ما يتغابن فيه الناس كان للصبي فيه منفعة وهي سلامة العين له لانه لو لم يصالح يستحقه المدعي بالبينة فيأخذه فيكون هذا الصلح من الاب بمنزلة الشراء من المدعي فيقيد بالمثل وبقدر ما يتغابن فيه عادة لانه لا يمكن التحرز عنه وان لم يكن للمدعي بينة أو كانت غير عادلة صار الاب متبرعا بمال الصبي بالصلح لا مشتريا له لانه لم يستحق المدعي شيئا من ماله لولا الصلح فلا منفعة للصبي في هذا الصلح بل فيه ضرر فلا يجوز لان الولاية نظرية قال الله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن وان كان الاب هو المدعي للصغير ولا بينة له يجوز كيفما كان

(قوله وكذا لو قال جعلت أرضي الخ) قال التمرتاشي في شرح الجامع الصغير في باب الاستحقاق أقر بملك رجل قصد قبله بملكه ظاهرا أما فيما بينه وبين الله تعالى فلان له لم يسبق بينهما ما يوجب الملك وفي شرح بكر الآلا أن يسأله المقر المقر به بطيبة من نفسه فيكون هبة مبتدأة وفي المنتقى لك علي ألف ولا يعلم المقر به ذلك لم يحل له أخذه الا أن يكون صغيرا فكبر وفي حيل الخلواني بالاقرار كاذبا هل يكون نافذا للملك فيه اختلاف وفي أدب القاضي اذا قال أن ذا البدأقر أن هذا الشيء لفلان لا تسمع الدعوى بما لا يدعي أنه ملكي وقالت العامة تسمع اعتبارا بالشهادة على اقرار المدعى عليه أنه وان لم يشهدوا أنه ملكه اه (قوله في المتن يقول رجعت عن الوكالة الخ) وانما يقول رجعت عن الوكالة احترازا عن قول أبي يوسف فان عنده العزل عن الوكالة المعلقة قبل وجود الشرط لا يصح وقال محمد يصح العزل عن الوكالة المعلقة قبل وجود الشرط والفتوى على قول محمد وقال السرخسي الاصح عندي أن يقول عزلتك عن هذه الوكالات فينصرف الى ذلك الى المعلق والمنجز اه فتاوى قاضيخان

لانه لم يثبت للصبي فيما ادعاه الا بيانه ملك ولا معنى للملك وه والتمكن من الاخذ فكان محصلاته مالا من غير أن يخرج من ملك الصبي شيأ بمقابلته فكان نفعا محضا وان كان له بينة عادلة لا يجوز الا بالمشروط أقل قدر ما تقام فيه لانه صار في معنى الشاهد لتمكنه من الاخذ منه بالبينة العادلة ووصي الاب في هذا كالاب لانه قائم مقامه قال رحمه الله (ولو قال لا بينة لي فيرهن أو لا شهادة لي فشم وتقبل) ومعنى الاول أن يقول المدعي ليس لي بينة على دعواي هذا الحق شيء بالبينة تقبل لان التوفيق بينهما ممكن بان كانت له بينة فنسيها ثم ذكرها بعد ذلك أو كان لا يعلمها ثم علمها وعن أبي حنيفة رضي الله عنه أنها لا تقبل لانه أكذب بينته ومعنى الثاني أن يقول الشاهد لا شهادة للفلان عندي في حق بعينه ثم شهد له به تقبل لانه يقول نسيت وكذا اذا قال المدعي ليس لي عند فلان شهادة ثم جاء به فشهد له تقبل شهادته روى ذلك عن أبي حنيفة رضي الله عنه لان يحتمل أن يكون له شهادة قد نسيها أو لا يعلمها ثم علمها ولهذا لو قال لا أعلم لي حقا على فلان ثم أقام البينة انه له عليه حق قبل لامكان الخفاء عليه فأمكن التوفيق بخلاف ما اذا قال ليس لي عليه حق ثم ادعى عليه حقا حيث لا تسمع دعواه لان المناقضة بين الاقرار والدعوى ثابتة فلا يمكن التوفيق بينهما وفي الجملة في هذا كتنى الحق حتى اذا قال لا حق لي على فلان ثم أتى بحجة تقبل لانه يقول نسيت ولو قال هذا المال ليس لي أو قال ذلك العبد ثم أقام بينة أن الدار أو العبد له تقبل بينته لانه لم يثبت بالاقرار حقا لاحد وكل اقرار لم يثبت به لغيره حقا كان لغوا ولهذا تسمع دعوى الملاعن نسب ولده التي بلعانه نسبه لانه حين نفاه لم يثبت به حقا لاحد قال رحمه الله (للامام الذي ولاه الخليفة أن يقطع انسانا من طريق الجائلة ان لم يضر بالمارة) لان للامام ولاية التصرف في حق الكافة فيما فيه نظر للمسلمين فاذا رأى في ذلك مصلحة لهم كان له أن يقطع من غيره أن يلقى ثمره إلا أحد الا رى أنه اذا رأى أن يدخل بعض الطريق في المسجد أو بالعكس وكان في ذلك مصلحة للمسلمين كان له أن يفعل ذلك والامام الذي ولاه الخليفة بمنزلة الخليفة لانه نائبه فكان فيه مثله قال رحمه الله (من صادره السلطان ولم يعين بيع ماله فباعه له صح) ثم جاز البيع لانه لما كره بالبيع وانما باع باختياره غاية الامر أنه صار مضطرا الى بيعه لا بما طلب منه وذلك لا يوجب الكره كالمدين اذا حبس بالدين فباع ماله ليقضي بثمنه دينه فانه يجوز لانه باعه باختياره وانما وقع الكره في الباعث لا في البيع وقد تقدم مثله في النسعر قال رحمه الله (خوفوه بالضرب حتى وهبته مهره لم يصح ان قدر على الضرب لانها مكرهة عليه اذ الاكراه على المال يثبت بمثله لان التراضي شرط في تملك الاموال والرضا لا ينتفي بمثله فلا يصح قال رحمه الله (وان أكرهها على الخلع وقع الطلاق ولا يسقط المال) لان طلاق المكره واقع ولا يلزم المال به اذ الرضا شرط فيه على ما بينا من قبل في كتاب الاكراه قال رحمه الله (ولو أحالت انسانا على الزوج ثم وهبت المهر لم يصح) لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن وان كان أسوة الغرماء عند موته لم يفرق تصرفها فيه فصار كما لو باع المرهون أو وهبه - قال رحمه الله (المخدر برأي ملكه أو بزوجته فتزم نهائحائط جاره وطلب تحويله لم يجبر عليه وان سقط الحائط منه لم يضمن) لانه تصرف في خالص حقه ولان هذا تسبيب وبه لا يجب الضمان الا اذا كان متعديا كوضع الحجر على الطريق والمخدر ذلك في ملكه ليس بمتعد فلا يضمن قال رحمه الله (عمر دار زوجته بماله بامنها فاجارها او انفقت درس عليها) لان الملك لها وقد سمح أمرها بذلك فيتقل الفعل اليها فتكون كأنها هي التي عمرته فيبقى على ملكها وهو غير متطوع في الانفاق فيرجع عليها بحصة أمرها فصار كما لو أمر بقضاء الدين قال رحمه الله (ولنفسه بلا اذنها فله) أي اذا عمر لنفسه من غير اذن المرأة كانت العمارة له لان الاله التي حي بها ملكه فلا تخرج عن ملكه بالبناء من غير رضاه فيبقى على ملكه ويكون غاصبا لعرصة وشاغلا ملك غيره بملكه فيؤمر بالتفريغ ان طلبت زوجته ذلك قال رحمه الله (ولها بلا اذنها فالعمارة لها وهو متطوع) أي اذا عمر لها بغير اذنها كان

(قوله في المتن وان أكرهها الخ) أقول ان كان الغرض أن الزوج هو الذي أكرهها على قبول الخلع فكيف يعلل بأن طلاق المكره واقع ولا يصح هذا التعليل الا اذا قرئ اذا أكرهها على الخلع أي الزوج والمرأة أي أكرهتهما انسان اه (قوله ولا يلزم المال به) أي بالا كراه اه (قوله في المتن ولو أحالت انسانا) أي أحالت بمهرها أما اذا طلقت الحوالة ثم وهبت المهر صح اذ لا منافاة اه (قوله وان كان أسوة الغرماء) أي اذا لم يقبض المحتال المحال به حتى مات المحيل فالمحتال أسوة الغرماء في الدين المحتال به وقال زفر يختص به المحتال وقد تقدم اه

(قوله فكان الضمان على المكره أو على الآخذ) أي فيما اذا أكرهه على أن يذبحه لانسان اه (قوله لان الشرط أن يذبحه انسان أو يجرحه) قال العيني لان الشرط أن يجرحه انسان أو يذبحه ولم يوجد اه (قوله وتقييده باليوم الثاني وقع اتفاقا) قال في الخلاصة في نوازل كتاب الذبائح وفي الاصل للتسمية عند الارسال شرط وفي الاصطياد عند الارسال والرمي والنصب الحديدة لاحد الذبي تشترط التسمية عند وضع هذه كرصاص

قال الشيخ رحمه الله وهذا الجواب انما يحمل على ماذا قصد عن الطلب لما نه في الرواية الاخرى اعتبر التسمية عند النصب اه ماقاله في الخلاصة قلت ومسئلة المتن هي مسئلة الحيط الا أن عبارة المتن صريحة في غيبة الصائد لقوله فجاء في اليوم الثاني وعبارة الحيط محتملة ولما كانت المسئلة التي ذكرها صاحب الخلاصة أولا بقوله واذا نصب الحديدة الخ مناقضة لمسئلة الحيط حمل مسئلة الحيط على ماذا قصد عن الطلب بمعنى بأن غاب كما لكثر ولا يخفى دفع التناقض بهذا الحمل وهو حمل حسن وعلى هذا فهي مسئلة الكتر فليتنبه الصائد في الموضع الذي ينصب به المنجل للحمار حمل أكله اذا كان سمي عند وضع المنجل كاهو صريح مسئلة الاولى التي ذكرها في الخلاصة لكن تعليل الشارح رحمه الله بقوله لان الشرط الخ يقتضي عدم الحل مطلقا أعني قصد الصائد عن الطلب بأن غاب أولم يقصد وقول الشارح بعد هذا حتى لو وجده ميتا من ساعته الخ صريح في عدم الحل مع انه لم يقصد عن الطلب والقياس كلام الشارح عدم

البناء لها وهو متطوع في البناء فلا يكون له الرجوع عليها بذلك ولا ولايته في ايجاب ذلك عليها وقد ملكته هي برضاه فكان ستيرعا قال رحمه الله (ولو أخذ غير بهيمة فقرعها انسان من يده لم يضمن) أي لا يضمن النازع اذا هرب الغريم لان النزع تسبيب وقد دخل بينه وبين ضياع حقه فعل فاعل مختار وهو هرو به فلا يضاف اليه التلف كما اذا حل قيد العبد فآبق فان الحال لا يضمن لان التلف لم يحصل بفعله وانما حصل بفعل العبد مختارا وكذا لا السارق على مال الغير فان الدال لا يجب عليه الضمان لان التلف حصل بفعل السرقة لا بالدلالة ولكن آمسك هاربا من عدو حتى قتله العدو فان الممسك لا يجب عليه الضمان فكذا هذا ذكر رحمه الله (في يده مال انسان فقال له سلطان ادفع الي هذا المال والا أقطع يدك أو أقطع يدي أو أمر بك حبس فدفع لم يضمن) أي لم يضمن الدافع لانه مكره عليه فكان الضمان على المكره أو على الآخذ أيهما شاء المالك ان كان الآخذ مختارا والا فعلى المكره فقط قال رحمه الله (وضع منحلا في العصار ليصيد به حمار وحش وسمي عليه فجاء في اليوم الثاني ووجدا لحمار مجروحا وحامله ميتا لم يؤكل) لان الشرط أن يذبحه انسان أو يجرحه وبدون ذلك لا يحل وهو كالمنخنقة أو المتردية المذكورة في الآية وتقييده باليوم الثاني وقع اتفاقا حتى لو وجده ميتا من ساعته لا يحل لعدم شرطه قال رحمه الله (كرمن الشاة الحية والخصية والغدة والمثانة والمرارة والدم المسفوح والذكر) لما روى الاوزاعي عن واصل بن أبي جميلة عن مجاهد قال كره رسول الله صلى الله عليه وسلم من الشاة الذكر والانثيين والقبل والغدة والمرارة والمثانة والدم قال أو حنيفة رضي الله عنه الدم حرام وأكره لسنة وذلك لقوله عز وجل حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير الآية فلما تناوله النص قطع بتحريمه وكره ماسواه لانه مما استخبثه الانفس وتكرهه وهذا المعنى سبب الكراهة لقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وروى أن ابن عمر رضي الله عنهما سئل عن الغنفذ فتلا قوله تعالى قل لا أجد فيما أوحي الي محرما على طاعم يطعمه الآية فقال شيخ عنده سمعت أبا هريرة رضي الله عنه يقول ذكر الغنفذ عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال خبيث من الخبائث فقال ابن عمر رضي الله عنهما ان كان رسول الله صلى الله عليه وسلم قاله فهو كما قاله ذكره القدوري قال رحمه الله (القاضي أن يقرض مال الغائب والطفل والقطة) لانه قادر على الاستخلاص فلا يفوت الحفظ به بخلاف الاب والوصي والملتقط لانهم عاجزون عن استخلاص ذلك فيكون تضييعا الا أن الملتقط اذا أنشد الملتقط ومضى مدة النشدان فله أن يتصرف لانه لولم يتصدق به عليه في هذه الحالة جاز فالقرض أولى قال رحمه الله (صبي خنثاه ظاهرة بحيث لو رآه انسان ظنه مخنثا ولا يقطع جلده ذكره الابتشديد ترك كشيخ أسلم وقال أهل النظر لا يطيق الختان) لان قطع جلدة كره لتكشف الحشفة فان كانت الحشفة ظاهرة فلا حاجة الى القطع وان كانت توارى الحشفة يقطع الفضل ولو خشوا لو يقطع الجلدة كلها ينظر فان قطع أكثر من النصف يكون ختانا لان فلا كثر حكم الكل وان قطع النصف فما دونه لا يعتبره لعدم الختان حقيقة وحكما والاصل أن الختان سنة كما جاء في الخبر وهو من شعائر الاسلام وخصائصه حتى لو اجتمع أهل مصر أو قرية على تركه يحاربهم الامام فلا يترك الا لضرورة وعند الشيخ الذي لا يطيق ذلك ظاهر فيترك قال رحمه الله (وقته سبع سنين) أي وقت الختان سبع سنين وقيل

لا يختن

اعتبار الرواية الاخرى التي اعتبر التسمية فيها عند النصب التي ذكرها في الخلاصة (قوله بخلاف الاب والوصي الخ) قال قاضيخان لا يجوز للوصي اقراض مال اليتيم فان أقرض كان ضامنا والقاضي يملك الاقراض واختلف المشايخ في الاب لاختلاف الروايتين عن أبي حنيفة والصحيح أن الاب بمنزلة الوصي لا بمنزلة القاضي اه

(قوله لا سبق الا في خف أو نصل أو حافر) قال العيني في شرحه قلت ويجوز أيضا بالجمل والبغال لان الحافر يشملهما اه قلت يؤيده قوله في المجمع والمختار وتجوز المسابقة على الاقدام والخيل والبغال والحمير والابل والرمي

لا يختن حتى يبلغ لان الختان للطهارة ولا طهارة عليه قبله فكان ابلاغا قبله من غير حاجة وقيل اثنا عشرة سنة وقيل تسع سنين وقيل وقته عشر سنين لانه يؤمر بالصلاة اذا بلغ عشرا اعتبارا وتخلقا فيحتاج الى الختان لانه شرع للطهارة وقيل ان كان يطيق ألم الختان ختن والا فلا وهو أشبه بالفقه وقال أبو حنيفة رحمه الله لا على وقوته ولم يرو عن أبي يوسف وعحمد رحمهما الله فيه شيء واتفق المشايخ انختنوه وختان المرأة ليس بسنة وانما هو مكرمة للرجال لانه أذلف في الجماع وقيل سنة والاصل ان ايصال الالم الى الحيوان لا يجوز شرعا الا لاصلاح تعود عليه وفي الختان اقامة السنة وتعود اليه أيضا مصلحته لانه يأتي في الحديث الختان سنة يحارب على تركها وكذا يجوز كي الصغير وبط قرحته وغيره من المداواة وكذا يجوز ثقب أذن البنات الاصفال لان فيه منفعة الزينة وكان يفعل ذلك في زمنه عليه الصلاة والسلام الى وقتنا هذا من غير نكير والحامل لا تفعل ما يضر بالولد ولا يبقى لها ان تحتجم مالم يتحرك الولد فاذا تحرك فلا بأس بها مالم تقرب الولادة فاذا قربت فلا تحتجم لانه يضره وأما الفصد فلا تفعله مطلقا مادامت حبلى لانه يخاف على الولد منه وكذا يجوز فصد البهائم وكيها وكل علاج فيه منفعة لها وجاز قتل ما يضر من البهائم كالكلب العقور والهرة اذا كانت تأكل الحمام والدجاج لازالة الضرر ونزيحها بذبحها ولا يضر بها لانه لا يذبح فيكون تعذيبا لها بلا فائدة قال رحمه الله (والمسابقة بالفرس والابل والرجل والرمي جائزة) لقوله عليه الصلاة والسلام لا سبق الا في خف أو نصل أو حافر وأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم لسلمة بن الاكوع أن يسابق رجلا أعرابيا كان لا يسبق شدة أفسبقه سلمة بن الاكوع وقال الزهري كانت المسابقة بين أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخيل والرجال والرجال ولان الغرض يحصل بهذه الاشياء لان فيها رياضة لجسومهم وأبدانهم والتعليم أكثر والفرصاح قال رحمه الله (وشرط الجعل من الجانبين لان من أحد الجانبين) لما روى ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم سابق بالخيل وراهن ومعنى شرط الجعل من الجانبين أن يقول ان سبق فرسك فلك عليّ كذا وان سبق فرسي فلي عليك كذا وهو قمار فلا يجوز لان القمار من القرائي يراد تارة وينتفي أخرى وسعي القمار قمارا لان كل واحد من المقامرين ممن يجوز أن يذهب ماله الى صاحبه ويجوز أن يستفيد مال صاحبه فيجوز لازدياد والانتقاص في كل واحد منهما قمارا وهو حرام بالنص ولا كذلك اذا شرط من جانب واحد بأن يقول ان سبقتني فلك عليّ كذا وان سبقتك فلا شيء في عليك لان النقصان والزيادة لا يمكن فيهما وانما في أحدهما يمكن الزيادة وفي الاخر النقصان فقط فلا يكون مقامرة لان المقامرة مفاعلة منه فتقتضي أن تكون من الجانبين واذا لم يمكن في معناه جاز استحسانا للنص ورويا والقياس أن لا يجوز لما فيه من تعليق التمليك على الخطر ولهذا لا يجوز فيما عدا الاربعة المذكورة وفي الكتاب بالكلب والسبق مشدد وطاء من أحد الجانبين وفي الحديث اشارة اليه لانه خصص هؤلاء به والمراد به الاستباق بالجعل لان الاستباق بلا عوض لا يجوز في كل شيء وهو يمكن اذا لحق به شارط فيه الجعل به لانه ليس في معناه لان المانع فيه من وجهين القمار والتعليق بالخطر وفي الاخر من وجه واحد وهو التعليق بالخطر لا غير فليس بمثل له حتى يقاس عليه وشرطه أن تكون الغاية معينة يحتملها الفرس وكذا شرطه أن يكون في كل واحد من الفريقين احتمال السبق أما اذا علم أن أحدهما يسبق لا تحتمله فلا يجوز لانه اذا جاز تكون المسابقة الى الرياضة على خلاف القياس وليس في هذا الايجاب المثل فلغير على نفسه بشرط لا منفعة فيه فلا يجوز ولو شرط جعل من الجانبين وأدخلا ثالثا محللا جاز اذا كان فرس المحلل كفأ لفرسيهما يجوز أن يسبق

حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا سبق الا في خف أو نصل أو حافر والمراد بالخف الابل وبالنصل السهم وبالحافر الفرس والبغل والحمار اه فهذا كما ترى صريح في جواز المسابقة على البغال والحمير لكن صرح الزيلعي في الصفحة الآتية بأن المسابقة لا تجوز فيما عدا الاربعة المذكورة في المتن كالبغل وان كان المعول من أحد الجانبين مشروطا من أحد الجانبين والعجب من العيني سامحه الله تعالى أنه صرح بجواز المسابقة على الحمير والبغال ثم بعد أربعة أسطر ذكر ما قاله الزيلعي من عدم جواز المسابقة فيما عدا الاربعة المذكورة وانه الموافق اه وكتب على قوله لا سبق السبق بفتح الباء ما يجعل من المال رهنا على المسابقة والسكون مصدر سبقت أسبق المعنى لا يحصل أخذ المال بالمسابقة الا في هذه الثلاثة وهي الابل والخيل والسهام وقد ألحق بها الفقهاء ما كان بمعناها قال الحطاب الرواية الصحيحة بفتح الباء اه ابن الاثير (قوله وأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم لسلمة بن الاكوع أن يسابق رجلا الخ) هذا دليل على جواز المسابقة على الاقدام اه (قوله سبق بالخيل) سبق بالتشديد والتزم السبق وهو ما يتراهن عليه اه من خط الشارح (قوله وفي الحديث اشارة اليه لانه خصص هؤلاء به) فيه تطر لان قوله عليه الصلاة والسلام أو حافر يدخل فيه البغل والحمار فلا وجه لما ذكر من التخصيص هذا ما ظهر لي في محل المطالعة والله الموفق

أو يسبق وان كان يسبق أو يسبق لاتحاله فلا يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام من أدخل فرسا بين فرسين وهو لا يأمن أن يسبق فلا بأس به ومن أدخل فرسا بين فرسين وهو آمن أن يسبق فهو قمار رواه أحمد وأبو داود وغيرهما وصورة ادخال الحمل أن يقولا الثالث ان سبقتنا فالمالان لك وان سبقناك فلا شئ لنا عليك ولكن الشرط الذى شرطناه بيننا وهو أيهما سبق كان له الجعل على صاحبه باق على حاله فان غلبهما أخذ المالين وان غلبا فلا شئ لهما عليه ويأخذ أيهما غلب المال المشروط لمن صاحبه والمحلل جاز هذا لان الثالث لا يغرم على التقدير كما قطعا ويقينا وانما يحتمل أن يأخذ أو لا يأخذ فخرج ذلك عن أن يكون قمارا فصار كما اذا شرط من جانب واحد لان القمار هو الذى يستوى فيه الجانبان فى احتمال الغرامة على ما بيناه ولو قال واحد من الناس بجماعة من الفرسان أو الاثنين فمن سبق فله كذا من مالى نفسه أو قال لمرماة من أصاب الهدف فله كذا جاز لانه من باب التنفيل فاذا كان التنفيل من بيت المال كالسلب ونحوه يجوز نفله لكل واحد بخالص ماله فصار أنواع السبق أربعة ثلاثة منها جائزة ووا حدة منها لا يجوز وقد ذكرنا الجميع ويعرف ذلك بالتأمل وعلى هذا الفقهاء اذا تنازعوا فى المسائل وشرط المصيب منهم جعل جار ذلك اذا لم يكن من الجانبين على ماذكرنا فى الخيل لان المعنى يجمع الكل اذا التعليم فى البابين يرجع الى تقوية الدين واعلاء كلمة الله والمراد بالجواز المذكور فى باب المسابقة الحل دون الاستحقاق حتى لو منع المغلوب من الدفع لا يجبره القاضى ولا يقضى عليه بذلك قال رحمه الله (ولا يصلى على غير الانبياء والملائكة الا بطريق التبع) لان فى الصلاة تمام التعظيم والناس فى غيرهم من الدعوات وهى لزيادة الرحمة والقرب من الله تعالى ولا يليق ذلك بمن يتصور منه الخطأ والذنوب واتباعه فى به بالعفو والمغفرة والتجاوز الا تبعا بأن يقول اللهم صل على محمد وآله وصحبه ونحوه لان فيه تعظيم النبى صلى الله عليه وسلم واختلفوا فى الترحم على النبى صلى الله عليه وسلم بأن يقول اللهم ارحم محمدا قال بعضهم لا يجوز لانه ليس فيه ما يدل على التعظيم مثل الصلاة ولهذا يجوز أن يدعى بهذا اللفظ لغير الانبياء والملائكة عليهم الصلاة والسلام وهو محرم قطعا فيكون تحصيل الحاصل وقد استغنينا عن هذه بالصلاة فلا حاجة اليها وقال بعضهم يجوز لان النبى صلى الله عليه وسلم كان من أشوق العباد الى مزيد رحمة الله ومعناها معنى الصلاة فلم يوجد ما يمنع من ذلك ثم الاولى أن يدعو للصحابة بالرضا فيقول رضى الله عنهم لانهم كانوا يبالغون فى طلب الرضا من الله تعالى ويجتهدون فى فعل ما يرضيه ويرضون بما يلقاهم من الابتلاء من جهته شدة الرضا فهؤلاء أحق بالرضا وغيرهم لا يلحق أدناهم ولو أنفق مل الارض ذهبا والتابعين بالرحمة فيقول رحمهم الله ولمن بعدهم بالمغفرة والتجاوز فيقول غفر الله لهم وتجاوز عنهم لكثرة ذنوبهم ولقلة اهتمامهم بالامور الدينية قال رحمه الله (والاعطاء باسم البروز والمهرجان لا يجوز) أى الهدايا باسم هذين اليومين حرام بل كفر وقال أبو حفص الكبير رحمه الله لو أن رجلا عبد الله ستين سنة ثم جاء يوم البروز وأهدى لبعض المشركين بيضة يريد به تعظيم ذلك اليوم فقد كفر وحبط عمله وقال صاحب الجامع الاصغر اذا أهدى يوم البروز الى مسلم آخر ولم يرد به التعظيم لذلك اليوم ولكن ما اعتاده بعض الناس لا يكفر ولكن ينبغى له أن لا يفعل ذلك فى ذلك اليوم خاصة ويفعله قبله أو بعده كى لا يكون تشبها أو ائك القوم وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من تشبه بقوم فهو منهم وقال فى الجامع الاصغر رجل اشترى يوم النيروز شيأ لم يكن يشتريه قبل ذلك ان أراد به تعظيم ذلك اليوم كما يعظمه المشركون كفر وان أراد الاكل والشرب والتنعم لا يكفر قال رحمه الله (ولا بأس بلبس القلانس) لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم كان له قلانس يلبسها وقد صح ذلك ذكره فى الذخيرة قال رحمه الله (وندب لبس السوداء وارسال ذنب العمامة بين كتفيه الى وسط الظهر) لان محمدا رحمه الله ذكر فى السير الكبير فى باب الغنائم حديثا يدل على أن لبس السواد مستحب وان من أراد أن يجدد اللف لعمامته ينبغى له أن ينقضها كورا

(قوله ثلاثة منها جائزة) وهى اشتراط الجعل من جانب واحد أو من جانبين وبينهما محلل أو كان الجعل من أجنبى لايهما سبق اه (قوله وواحدة منها لا يجوز) وذلك اذا شرطا الجعل من الجانبين بلا اشتراط محلل اه

كورا فان ذلك أحسن من رفعها عن الرأس والقائها فى الارض دفعة واحدة وان استحب ارسال ذنب العمامة بين الكتفين واختلف فى مقدار الذنب قيل شبر وقيل الى وسط الظهر وقيل الى موضع الجلوس وكان محمد رحمه الله ينعم ، لعمامة السوداء فدخلت عليه وما مه نورة فبقيت تنظر الى وجهه وهى مقبضة فقال لها ما بأس فقالت أتعجب من بياض وجهك تحت سواد عمامتك فوضعه فلبس رأسه وابتعم بالعمامة السوداء بعد ذلك ويكره لبس المعصفر والمزعفر لما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لبس المعصفر وقال إياكم والحمرة فانها مركب الشيطان ويستحب للرجل أن يلبس أحسن الثياب وكان أبو حنيفة رضى الله عنه يوصى أصحابه بذلك ويلبس رداء بأربعمائة دينار وأيام الله تعالى الزينة بقوله تعالى قل من حرم زينة الله التى أخرج لعباده وقال عليه الصلاة والسلام بان الله تعالى اذا أنعم على عبد أحب أن يرى آثار نعمته عليه وقد خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليه رداء قيمته ألف درهم وعمامة قيمتها أربعة آلاف درهم قال رحمه الله (والشاب العالم أن يتقدم على الشيخ الجاهل) لانه أفضل منه قال الله تعالى هل يستوى الذين يعلمون والذين لا يعلمون ولهذا يتقدم فى الصلاة وهى أحد أركان الاسلام وهى تالية الاعمان وقال الله تعالى أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الامر منكم والمراد بأولى الامر العلماء فى أصح الاقوال والمطاع شرعا مقدم وكيف لا يتقدمون والعلماء ورثة الانبياء عليهم الصلاة والسلام على ما جاء به السنة قال رحمه الله (ويلحظ القرآن أن يختم فى كل أربعين يوما) لان المقصود من قراءة القرآن فهم معانيه والاعتبار بمعانيه لا بمجرد التلاوة قال الله تعالى أفلا يتدبرون القرآن أم على قلوب أقفالها وذلك يحصل بالتأنى لا بالتوانى فى المعانى فتقدر المختم أقله بأربعين يوما كل يوم حزب ونصف أو ثلثى حزب أو أقل والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

﴿ كتاب الفرائض ﴾

وهى جمع فريضة والفرض التقدير يقال فرض القاضى النفقة أى قدرها وسمى هذا العلم فرائض لان الله تعالى قدره بنفسه ولم يفوض تقديره الى ملك مقرب ولا نبى مرسل وبين نصيب كل واحد من النصف والربع والثمن والثلثين والثلث والسدس بخلاف سائر الاحكام كالصلاة والزكاة والحج وغيرها فان النصوص فيها مجملة كقوله تعالى أقيموا الصلاة وآتوا الزكاة وقد علق الناس حج البيت وانما السنة بينتها ثم اعلم أن هذا العلم من أشرف العلوم وقد جاءت النصوص به والحث على تعلمه وتعلمه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم العلم ثلاثة وما سوى ذلك فضل اما محكمة أو سنة قائمة أو فريضة عادلة وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تعلموا الفرائض وعلموها الناس فانه نصف العلم وهو ينسى وهو أول شئ ينزع من أمتى وقال عليه الصلاة والسلام تعلموا الفرائض وعلموه الناس فانى امرء مقبوض والعلم مرفوع ويوشك أن يختلف اثنان فى الفريضة والمسئلة فلا يجدان أحدا يخبرهما فجعله عليه الصلاة والسلام نصف العلم مع صغر جرمه وقلة مسائله فلولا أنه من أشرف العلوم لما قابل الكل وهذا كالمسك فان الشئ القليل من الجواهر وغيرها اذا يقابل الكثير ويساويه اذا كان القليل أشرف منه ومعنى التنصف اما باعتبار أحوال الحياة والممات وهذا العلم مختص بحالة الممات وغيره بالحياة أو باعتبار أسباب الملك فانها حيرية أو اختيارية فالاول الميراث والثانى غيره من أسباب الملك قال رحمه الله (يبدأ من تركة الميت بتجهيزه) والمراد من التركة ما تركه الميت خاليا عن تعلق حق الغير بعينه وان كان حق الغير متعلقا بعينه كالرهن والعبد الجانى والمشترى قبل القبض فان صاحبه يقدم على التجهيز كما فى حال حياته فاصله أنه معتبر بحال حياته فان المرء يقدم نفسه فى حياته فيما يحتاج اليه

(قوله وكان أبو حنيفة يوصى أصحابه الخ) قيل لابى حنيفة أليس عمر كان يلبس قميصا عليه كذا كذا رقعة قال ذاك الحكمة وهو أنه أمير المؤمنين فاذا لبس ثيابا نفيسة أو تقمل نفسه أو أوانا من الطعام لا تقتدى به عامة الناس فى ذلك وربما لا يكون لهم ذلك فيأخذون قليلا فاختار ذلك لهذه المصلحة اه

﴿ كتاب الفرائض ﴾

(قوله فانه نصف العلم) كذا هو بخط الشارح اه (قوله وعلموه) كذا هو بخط الشارح اه (قوله فى المتن يبدأ بتركة الميت) كذا بخط الشارح اه

من النفقة والكسوة على أصحاب الدين مما يتعلق حق الغير بعين ماله فكذا بعد موته يقدم تجهيزه من غير تقتير ولا تبذير وهو قدر كفن الكفاية أو كفن السنة أو قدر ما كان يلبسه في حياته من أوسط ثيابه أو من الذي كان يتزين به في الاعياد والجمع والزيارات على ما اختلفوا فيه لقوله تعالى والذين اذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما وهو يحترم حيا وميتا فلا يجوز كشف عورته وفي الاثر لعظام الميت مس الحرمة مالعظام الحي قال رحمه الله (ثم دينه) لقوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين قال على كرم الله وجهه انكم تقرؤن الوصية مقدمة على الدين وقد شهدت النبي صلى الله عليه وسلم قدم الدين على الوصية ولان الدين واجب ابتداء والوصية تبرع والبداية بالواجب أولى والتقديم يذكر الا بعد على التقديم فعلا والمراد بالدين دين له مطالب من جهة العباد لان الزكاة والكفارات ونحوهما لان هذه الديون تسقط بالموت فلا يلزم الورثة أداؤها الا اذا أوصى بها أو تبرعوا بها هم من عندهم لان الركن في العبادات نية المكلف وفعله وقد فات عونه فلا تتصور بقاء الواجب بحققه أن الاعتبار للتكليف والآخرة دار الجزاء والعبادة اختيارية وليست بجبرية فلا تتصور بقاء الواجب لان الآخرة ليست بدار الابتلاء حتى يلزمه الفعل فيها ولا العبادة جبرية حتى يجتزأ بفعل غيره من غير اختياره فلم يبق الا جزء الفعل أو تركه ضرورة بخلاف دين العباد لان فعله ليس بمقصود فيه ولا نيته لأن الذي أن صاحب الدين لو ظفر بجنس حقه أخذه ويجتزأ بذلك ولا كذلك حق الله تعالى لان المقصود فيها فعله ونيته ابتلاء والله تعالى غني عن ماله وعن العالمين جميعا غير أن الله تعالى تصدق على العبد بثلث ماله في آخر عمره بصنعها فيما شرط فيه تفضلا منه من غير حاجة اليه فان أوصى به قام فعل الورثة مقام فعله لوجود اختياره بالايصاء والاقبال قال رحمه الله (ثم وصيته) أي ثم تنفذ وصيته من ثلث ما يبقى بعد التجهيز والدين لما تلونا وفي أكثر من الثلث لا تجوز الا باجازة الورثة وقد بناه في كتاب الوصية ثم هذا ليس بتقديم على الورثة في المعنى بل هو شرط لهم حتى اذا سلم للموصى له الورثة ضعفه أو أكثر ولا بد من ذلك وهذا ليس بتقديم في الحقيقة بخلاف التجهيز والدين فان الورثة والموصى له لا يأخذون الا ما فضل منهما قال رحمه الله (ثم يقسم بين ورثته وهم ذو فرض أعني ذوو سهم مقدر) لما تلونا ولقوله عليه الصلاة والسلام ألحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت فلأولى عصبة ذكر وفي رواية فلأولى رجل ذكر وذلك على سبيل التأكيد كقوله تعالى ثلاث عشرة كلهن وكقوله تعالى ولا طائر يطير بجناحيه قال رحمه الله (فللاب السدس مع الولد أو ولد الابن) لقوله تعالى ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد جعل له السدس مع الولد وولد الابن ولشرعا بالاجماع قال تعالى يا بني آدم وكذلك عرفا قال الشاعر

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا * بنوهن أبناء الرجال الاباعد

وليس دخول ولد الابن في الولد من باب الجمع بين الحقيقة والمجاز بل هو من باب عموم المجاز أو عرف كون حكم ولد الابن كحكم الولد بدليل آخر وهو الاجماع وجميع أحوال الاب في الفرائض ثلاث احداها الفرض المطلق وهو السدس وذلك مع الابن أو ابن الابن وان سفل لما تلونا والحالة الثانية الفرض والتعصيب وذلك مع البنت أو بنت الابن الفرض لما تلونا والتعصيب لما روينا والحالة الثالثة التعصيب المطلق وذلك اذا لم يكن ثمة ولد ولا ولد ابن لقوله تعالى فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلامه الثلث فذكر فرض الام وجعل الباقي له دليل على أنه عصبة قال رحمه الله (والجد كالاب ان لم يفضل في نسبته الى الميت أم الا في رد ما الى ثلث ما يبقى وجب أم الاب فيحجب الاخوة) أي الجد كالاب ان لم يدخل في نسبته الى الميت أنثى وهو الجد الصحيح الا في مسئلتين احداهما في رد أم الميت من ثلث الجميع الى ثلث ما يبقى في زوج وأبوين أو زوجة وأبوين فان الاب يرد ها اليه والجد وفي حجب أم الاب فان الاب يحجب هاو ان الجد وان تخلل في نسبته الى الميت أنثى كأخ لأب [illegible]

(قوله في المتن ثم دينه) من جميع ما بقي من ماله ان وفت التركة به فيها وان لم توف بشئ منها ثبت في المرض باقراره عن سائر الديون وباقي الديون سواء يأخذ كل ذي حق حقه بقدر حقه اجمعت الامة على تقديم الدين على الوصية وان تقدمت في الآية لان تنفيذها والله أعلم ليتم تنفيذها حيث تهاون الناس فيه اه مكن (قوله الاباعد) الذي بخط الشارح الاجانب اه

يقطع النسب اذ النسب الى الاباء لان النسب التعريف والشهرة وذلك يكون بالمشهور وهو الذكور دون الاناث وقوله كالاب يعني عند عدم الاب لان الجد يسمى أبا قال الله تعالى حاكيا عن يوسف عليه الصلاة والسلام واتبعت ملة آبائي ابراهيم واسحق ويعقوب وكان اسحق جد ويعقوب ابراهيم جد يه وقال تعالى يا بني آدم لا يفتننكم كما أخرج أبويكم من الجنة وهو آدم وحواء عليهما الصلاة والسلام فاذا كان أبا دخل في النص إما بطريق عموم المجاز أو بالاجماع على ما مر وما ذكر انى الولد فكان له الاحوال الثلاث التي ذكرناها في الاب وله حالة رابعة وهو السقوط بالاب لانه أقرب منه ويدلي به فلا يرث معه وانما يقوم مقامه عند عدمه وقوله فيحجب الاخوة أي الجد يحجب اخوة كالاب لانه قائم مقامه وهذا على الطلاقه قول أبي حنيفة رضي الله عنه على ما يجيء ببيانه ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (والام الثلث) وذلك عند عدم الولد وولد الابن لما تلونا وعند عدم الاثنين من الاخوة والاخوات على ما تبين قال رحمه الله (ومع الولد أو ولد الابن أو الاثنين من الاخوة والاخوات لا (١)) أي مع واحد من هؤلاء المذكورين لا ترث الثلث وانما ترث السدس لما تلونا ولقوله تعالى فان كان له اخوة فلامه السدس فاسم الولد في المتلو أولا يتناول الولد وولد الابن على ما يجيء كذلك اسم الذكر والانثى ولفظ الجمع في الاخوة يطلق على اثنين فتحجب بهما من الثلث الى السدس من أي جهة كانا أو من جهتين لان فقدانه حقيقة وطلق على الكل وهذا قول جمهور الصحابة رضي الله عنهم وروى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه لم تحجب الام من الثلث الى السدس الا بثلاثة منهم عملا بظاهر الآية فان الاخوة مع واحد ثلاثة والجمهور أن الجمع يطلق على المثنى قال انه تعالى وهل أتاك نبأ الخصم اذ تسوروا المحراب اذ دخلوا على داود ففزع منهم فالوا لا تخف خصمان بغى بعضنا على بعض فأعاد ضمير الجمع في تسوروا وداود وخلوا وفي منهم وقالوا على اثنين وهما ملكان اللذان دخلا عليه في صورة متخاصمين ألا ترى الى قوله تعالى خصمان ومثل هذا كثير شائع في كلام العرب قال رحمه الله (ومع الاب وأحد الزوجين ثلث الباقي بعد فرض أحدهما) فيكون لها السدس مع الزوج والاب والربع مع الزوجة والاب لانه هو ثلث الباقي بعد فرض أحد الزوجين فصار للام ثلاثة أحوال ثلث الكل وثلث ما يبقى بعد فرض أحد الزوجين والسدس وقد ذكرنا الكل بتوفيق الله تعالى وابن عباس رضي الله عنهما لا يرى ثلث الباقي بل يورثها ثلث الكل والباقي للاب وخالف فيه جمهور الصحابة رضي الله عنهم ووجهه أن الله تعالى نص على فرضين للام الثلث والسدس فلا يجوز اثبات فرض ثالث بالقياس وكذا قال عليه الصلاة والسلام ألحقوا الفرائض بأهلها والام صاحبة فرض والاب عصبة فلي هذه الحالة على ما مر والجواب عنه أن الله تعالى جعل للام ثلث ما ترثه هي والاب عند عدم ولد والاخوة لا ثلث الكل بقوله تعالى وورثه أبواه فلأمه الثلث أي ثلث ما يرثه والذي يرثه مع أحد الزوجين هو الباقي من فرضه ولانها وأحدت ثلث الكل يكون نصيبها ضعف نصيب الاب مع الزوج أو قريبا من نصيبه مع الزوجة ولنص يقتضي تفضيلها على الاب ضعف الذكر بوحد الولد والاخوة ولهذا قال ابن مسعود رضي الله عنه في الرد عليه ما أرانى الله تفضيل الانثى على الذكر وقد رد عليه رضي الله عنه لأ أفضل الانثى على الذكر ومراده ما عند الاستواء على القرابة والقرب وأما عند الاختلاف فلا يمنع تفضيل الانثى على الذكر ولهذا لو كان مكان الاب جد كان للام ثلث الجميع فلا يبالى بتفضيلها عليه لكونها أقرب منه وعند أبي يوسف رحمه الله لها ثلث الباقي أيضا مع الجد وهو مروى عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما فانهما جعلا كان يفضلان الام على الجد قال رحمه الله (وللجدات وان كثرن السدس ان لم يحل جدة فاسدة في نسبها الى الميت) وكن متصادبات في القربة والكلام في الجدات في مواضع في ترتيبهن ومعرفة الصحيحة الفاسدة منهن وفي قدر ميراثهن وفيما يسقطن به فالاول كل شخص له جدتان أم أم أم أب ولا يرثه وأمه كذلك وهكذا الكل واحد من الاصول الى أن ينتهي الى آدم

(١) هكذا في بعض نسخ المتن وفي بعضها السدس هل لفظ لا وفي بعضه بعد قوله والاخوات لا أولاد هم السدس اه كتبه مصححه

وحواء عليهما الصلاة والسلام فالعصبة منهن من لا يتخلل فى نسبتها الى الميت ذكرين أنثيين والفاسدة من يتخلل فى نسبتها ذلك اذ كل أب يدلى الى الميت بأنثى جدة فاسدة من يدلى به يكون فاسدا ذكرا كان أو أنثى وعند سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه الفاسدة من تدلى بذكر مطلقا واذا أردت تنزيل عدد من الجدات او الوارثات المتصاعدات فاذكر أولا لفظة ثم ثم تعدادا والعدد الذى تريده ثم تقول ثانيا ثم ثم وتجعل مكان الام الاخيرة أبا ثم فى كل مرة تبدل مكان الام أبا على الولاء الى ان تبقى لفظة أم مرة مثاله اذا سئلت عن أربع جدات وارثات متصاعدات فقل ثم ثم ثم ثم بقدر عددهن لاثبات الدرجة التى يتصور أن يجتمعن فيها فانهن لا يتصور أن يجتمعن فيها الا اذا ارتفعن قدر عددهن من الدرجات فأربع جدات وارثات لا يتصور اجتماعهن الا فى الدرجة الرابعة فتقول ثم ثم ثم ثم أربع مرات فهذه واحدة منهن وهى من جهة الام ولا تتصور من جهتها أكثر من واحدة ثم تأتى بواحدة أخرى من جهة الاب فى درجتها فتقول ثم ثم ثم الاب ثم تأتى بأخرى من جهة الجد فتقول ثم ثم أبى الاب ثم تأتى بأخرى من جهة جد الاب فتقول ثم أبى أبى الاب ولا تتصور أن يجتمع الوارثات فى هذه الدرجة أكثر من ذلك لان كل جد صحيح أمه وارثة وكذا أم أمه وان علت ولا تتصور أن تكون جدة وارثة من كل أب الا واحدة فتحتاج أن تأتى من الآباء قدرهن عددا الا واحدة وهى التى من جهة الام فانها لا تدلى بذكر والثانية تدلى بالاب فلهذا حذفت فى النسبة الثانية أما واحدة وأبدلت مكانها أبا والثالثة تدلى بالجدة فلهذا أسقطت أمين وأبدلت مكانهما أبوين والرابعة تدلى بجد الاب فلهذا أسقطت ثلاث أمهات وأبدلت مكانهن ثلاثة آباء فهذا طريقه فى أكثر منهن الى ما لا يتناهى هذا لمعرفة العصبات فى هذه الدرجة واذا أردت أن تعرف ما يزاد من العصبات من الفاسدات فخذ عدد العصبات واجعله بمينك واطرح منه اثنين واجعلهما بسارك ثم ضعف ما فى يسارك بعدد ما فى يمينك فالمبلغ عدد الجدات العصبات والفاسدات جميعا فاذا أسقطت منه عدد العصبات فالباقيات هى الفاسدات مثاله اذا سئلت عن أربع جدات عصبات كم يزاد هن من الفاسدات فخذ أربعة بيمينك واطرح منها اثنين فخذهما بيسارك فاذا ضعفت هذا المطروح بعدد ما فى يمينك صار ثمانية وهو عدد مبلغ الجدات أجمع فى هذه الدرجة فاذا أسقطت عدد العصبات وهن أربع بقيت أربع وهن الفاسدات وميراثهن السدس وان كثرن يشتركن فيه لما روى عبادة بن الصامت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بين الجدتين اذا اجتمعتا بالسدس بالسوية وأبو بكر الصديق رضى الله عنه شرك بين الجدتين فى السدس وسنذكر ما يسقطن به قال رحمه الله (وذات جهتين كذات جهة) أى اذا ترك جدتين احداهما ذات جهتين والاخرى ذات جهة واحدة فهما سواء حتى يقسم السدس بينهما نصفين وهذا عند أبى يوسف وعند محمد تستحق بالجهتين فيقسم السدس بينهما أثلاثا لما ذات الجهتين وثلثه لذات جهة واحدة لان اختلاف جهة القرابة كاختلاف الاشخاص فى حكم الميراث ألا ترى أن أخ العم اذا كان أحدهما أخا من أم يجعل الاخ كشخصين حتى يأخذ السدس بالاخوة وخمسة الاسداس بينهما بالعصوبة وكذا اذا كان أحدهما زوجا أخذ بالجهتين وكذا اذا اجتمع فى المجوسى قرابتان ورث بهما ولابى يوسف رحمه الله أن توريث الجدات بحق واحد فلا تتعدد السبب بتعدد الجهة كالاخت لاب وأم فانها لا ترث باعتبار القرابتين لاتحاد الجهتين وهى قرابة الاخوة حتى لا تأخذ النصف بجهة الاب والسدس بجهة الام بل تأخذ النصف لا غير بخلاف ما ذكر من النظير لان جهة الارث هناك مختلفة ومثال ما تكون الواحدة ذات قرابتين أن تكون أم أم الام وهى أيضا أم أب الاب والاخرى ذات قرابة واحدة كأم الاب بهذه الصورة

ميت	
أب	ام
ام اب	ام
ام	ام

قال رحمه الله (والبعدى تحجب بالقربى) سواء كانا من جهة واحدة أو من جهتين وسواء كانت القربى وارثة أو محجوبة كالاب أو الجد وقد مر تعليله

مسعود رضي الله عنه لا تحجب الجدات الا الام وفي رواية عنه وعن زيد بن ثابت رضي الله عنهما أن القرب اذا كانت من جهة الاب لا تحجب البعدى من جهة الام وبالعكس تحجب لان الجدات برئن ولادة الابوين فوجب أن يعطى كل واحدة منهن حكم من تدلى به والاب لا يحجب الجدات من قبل الام فكذا أمه والام تحجب كل جدة هي أبعد منها فكذا أمها ولما أن الجدات يرثن باعتبار انهن ولدن فوجب أن يقدم الادنى على الابعد كالاب الادنى مع الاب الابعد وليس في كل حكم يثبت بالواسطة يثبت لمن يدلى به ألا ترى أن أم الاب لا يرث يدا بنها على السدس وتحجب بالام والاب بخلاف ذلك قال رحمه الله (والكل بالام) أي تحجب الجدات كلهن بالام والمراد اذا كانت الام وارثة وعليه الاجماع والمعنى فيه أن الجدات انما يرثن بطريق الولادة والام أبلغ حالا منهن في ذلك فلا يرثن معها ولان الام أصل في قرابة الجدة التي من قبلها الى الميت وتدلى بها فلا ترث مع وجود ها لما عرف في باب الحجب فاذا احجبت الجدة التي من قبلها كانت أولى أن تحجب التي من قبل الاب لانها أضعف حالا منها ولهذا تؤخر في الحضانة فتحجب بها وكذا الابوبات منهن يحجبن بالاب اذا كانا وارثا روى ذلك عن عثمان وعلي والزبير وسعد وزيد بن ثابت رضي الله عنهم وبه أخذ جمهور العلماء وروى عن عمر وابن مسعود وعمران بن الحصين وأبي موسى الاشعري وأبي الطفيل عامر بن واثلة رضي الله عنهم أنهم جعلوا لها السدس مع الاب وبه أخذ طائفة من أهل العلم من التابعين وغيرهم لما روى أنه عليه الصلاة والسلام ورث حدتها بهذا ولانها ترث ميراث الام فلا يحجبها الاب كالا يحجبها الجد ولانها ترث بطريق الفرض فلا تكون العصوبة حاجبة لها كالا يحجبها عم الميت الذي هو ابنها فلان أم الاب تدلى بالاب فلا ترث مع وجوده كبنت الابن مع وجود الابن ولا حجة لهم في الحديث لانه حكاية حال فيحتمل أن ذلك الابن كان عما لا أبا ولا نسلم أنها ترث ميراث الام بل ميراث الاب لان له السدس فرضا فترث ذلك عند عدمه ولئن كان ميراث الام لا يلزم منه عدم الحجب بغيرها ألا ترى أن بنات الابن يرثن ميراث البنات ومع هذا يحجبن بالابن وكذا الجد يحجب الابوبات لذا ترثا الام الاب فانه لا يحجبها وان علت لانها ليست من قبله وكذا كل جد لا يحجب الجدة التي ليست من قبله فصار الجدات حالتان السدس والسقوط قال رحمه الله (والزوج النصف ومع الولد أو ولد الابن وان سفل الربع) لقوله تعالى ولكم نصف ما ترك أزواجكم ان لم يكن لهن ولد فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن فيستحق كل زوج لما النصف واما الربع مما تركت امرأته لان مقابلة الجمع بالجمع تقتضي مقابلة الفرد بالفرد كقولهم ركب القوم دوابهم وليس ثيابهم ولفظ الولد يتناول ولد الابن فيكون مثله بالنص أو بالاجماع على ما بينا من قبل فيكون لها الربع معه فصار الزوج حالتان النصف والربع قال رحمه الله (والزوجة نصفه) أي الزوجة نصف ما للزوج فيكون لها الربع ومع الولد أو ولد الابن وان سفل الثمن لقوله تعالى ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد فان كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم وان كن أكثر من واحدة اشتركن فيه لوجهين أحدهما الثلاثة يلزم الاجحاف ببقية الورثة لانه لو أعطى كل واحدة منهن ربعا يأخذن الكل اذا ترك أربع زوجات بلا ولد والنصف مع الولد والوجه الثاني أن مقابلة الجمع بالجمع تقتضي مقابلة الفرد بالفرد فيكون لواحدة الربع أو الثمن عند انفرادها بالنص واذا كثرن وقعت المزاحمة بينهن فيصرف اليهن جميعا على السواء لعدم الاولوية كما اذا ماتت امرأة واقتسى رجلان أو أكثر تركتها وأقام كل واحد منهما البينة ولم تكن في يد واحد منهما ولا دخل بها فانهم يقتسمون ميراث زوج واحد لعدم الاولوية فكذا هنا فصار الزوجات حالتان الربع بلا ولد والثمن مع الولد قال رحمه الله (وللبنت النصف) لقوله تعالى وان كانت واحدة فلها النصف قال رحمه الله (وللاكثر الثلثان) وهو قول عامة العصابة رضي الله عنهم وبه أخذ علماء الامصار وعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه جعل حكم الاثنين منهن حكم

الواحدة فجعل لهما النصف لقوله تعالى فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ماترك على استحقاق البنتين بكونهن نساء وهو جمع وصرح بقوله فوق اثنتين وأكده بضمير الجمع بقوله تعالى فلهن ثلثا ماترك والمطلق يشرط لا يثبت بدونه ولان الله تعالى جعل للبنتين النصف مع الابن وهو يستحق النصف وحظ الذكر مثل حظ الانثيين فعلم بذلك أن حظ البنتين النصف عند الانفراد وللجمهور ماروى عن جابر أنه قال جاءت امرأة سعد بن الربيع الى رسول الله صلى الله عليه وسلم بابنتيها من سعد فقالت يارسول الله هاتان بنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك في أحد شهيدا وان عمهما أخذ مالهما فلم يدع لهما مالا ولا ينكحان الا مال فقال يقضي الله في ذلك فنزلت آية الميراث فأرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم الى عمهما فقال أعط ابنتي سعد الثلثين وأمهما الثمن ومابقي فهو لك وماتلا لا ينافي استحقاق البنتين الثلثين لان تخصيص الشيء بالذكر لا ينفي الحكم عما عداه على ماعرف في موضعه فعرفنا أن حكم الجمع بالكتاب وحكم المثنى بالسنة ولان الجمع قد يراد به التثنية لاسيما في المواريث على ما بيناه من قبل فيكون المثنى مرادا بالآية وهو الظاهر ألا ترى أن الواقعة كانت البنتين فأعطاهما رسول الله صلى الله عليه وسلم الثلثين بحكم الآية ولفظة فوق في الآية صلة كما في قوله تعالى فاضربوا فوق الاعناق أي اضربوا الاعناق وجعله على هذا أولى مما ذهب اليه ابن عباس رضي الله عنهما لحصول التوفيق به بين السنة والآية ولانه تعالى جعل للذكر مثل حظ الانثيين وأدنى الاختلاط أن يجتمع ابن وبنت فيكون له الثلثان وهو مثل حظ الانثيين فعلم أن للبنتين الثلثين عند الانفراد والا لم يصر هذا وهو الثلثان مثل حظ الانثيين أبدا ولان الله تعالى بين نصيب الواحدة ونصيب الجمع ولم يبين نصيب المثنى على ما قال فلا بد من إلحاق المثنى بأحدهما فالحاقهما بالجمع أولى لاشتراكهما في معنى الضم ولان المثنى له حكم الجمع في الميراث ألا ترى أن الله تعالى لما بين حكم الفرد وحكم المثنى جعل حكم المثنى كحكم الجمع في الاخوات لاب وأم أو لاب أولام في استحقاق الثلثين أو الثلث وقوله ان البنتين يستحقان النصف مع الابن قلنا استحقاقهما ذلك عند الاجتماع لا يدل على استحقاقهما اياه عند الانفراد ألا ترى ان الثلاث منهن يأخذن مع الابن ثلاثة أخماس المال وعند الانفراد الثلثين والواحدة تأخذ الثلث مع الابن والنصف عند الانفراد قال رحمه الله (وعصبها الابن وله مثل حظها) معناه اذا اختلط البنون والبنات عصب البنون البنات فيكون للابن مثل حظ الانثيين لقوله تعالى يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين فصار البنات ثلاثة أحوال الواحدة والثلاث للاثنتين فصاعدا والتعصيب عند الاختلاط بالذكور قال رحمه الله (وولد الابن كولده عند عدمه) أي عند عدم الولد حتى يكون بنو الابن عصبة كالبنين وبنات الابن كالبنات حتى يكون للواحدة النصف وللبنتين فصاعدا الثلثان فيعصبهن الذكور عند اختلاطهن بالذكور فيكون للذكر مثل حظ الانثيين قال رحمه الله (ويحجب بالابن) أي ولد الابن يحجب بالابن ذكورهم وإناثهم فيه سواء لان الابن أقرب وهو عصبة فلا يرثون معه بالعصوبة وكذا بالفرض لان بنات الابن يدلين به فلا يرثن مع أصلهن وان كن لا يدلين به بأن كان معهن ذو سهم ولا صلبهن فيحجبهن كما يحجب أولاده لانعدام ثابت لاحد المثلين ثبت لساربه ضرورة قال رحمه الله (ومع البنت لا قرب الذكور بالباقي) أي اذا كان مع بنت الميت لصلبه أولاد الابن أو أولاد ابن الابن وان سفل أو لمجموع كان الباقي بعد فرض البنت الصلبية لاقرب الذكور منهم لانه عصبة فيحجب الابعد وهذا انما يستقيم اذا لم تكن في درجته بنت ان وأما اذا كانت في درجته بنت ابن فتشاركه فلا يكون الباقي من فرض البنت له وحده قال رحمه الله (وللاناث السدس تكملة للثلثين) أي لبنات الابن مع الواحدة الصلبية السدس ومراده اذا لم يكن في درجتهن ابن ابن وأما اذا كان معهن ابن ابن يكن عصبة معه فلا يرثن السدس وانما كان لهن السدس عند انفرادهن لقول ابن مسعود رضي الله عنه في بنت وبنت ابن

(قوله وماتلا) أي ابن عباس اه

وأخت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لبنت النصف ولبنت الابن السدس تكملة الثلثين والباقي للاخت وقوله تكملة الثلثين دليل على انهن يدخلن في لفظ الاولاد لان الله تعالى جعل للاولاد الاناث ثلثين فاذا أخذت الصلبية النصف بقي منه سدس فيعطى لها تكملة لذلك ملحوظا أنهن دخلن في الاولاد وفرضهن واحدا صار تكملة الا الأن الصلبية أقرب الى الميت فتقدم عليهن بالنصف وقد خولهن على أنه عموم المجاز أو بالاجماع قال رحمه الله (وجعين بينتين) أي تجعب بنات الابن ببنتين صلبيتين لان ونهن كان تكملة للثلثين وقد كمل ببنتين فسقطن اذ لا طريق لتورثهن فرضا وتعصيبا قال رحمه الله (الا أن يكون معهن أو أسفل منهن ذكر فيعصب من كانت بحذائه ومن كانت فوقه ممن لم تكن فات سهم وتسقط من دونه) أراد بقوله معهن أن يكون الغلام في درجتهن سواء كان أخالهن أو لم يكن وهذا مذهب علي وزيد بن ثابت رضي الله عنهما وبه أخذ عامة العلماء رضي الله عنهم وروى عن ابن مسعود رضي الله عنه انه قال يسقط بنات الابن ببنتي الصلب وان كان معهن غلام ولا بقاء لهن وان كانت البنت الصلبية واحدة وكان معهن غلام كان لبنات الابن أسوأ الحالين من السدس والمقاسمة فأيهما كان أقل أعطين وتسمى هذه المسائل الاضرار على قول ابن مسعود رضي الله عنه وجهه في ذلك أن بنات الابن بنات وميراثهن أحد أمرين إما الفرض أو المقاسمة وفرضهن الثلثان والمقاسمة ظاهرة وليس لهن أن يجمعن بينهما فاذا استكملت البنات الثلثين فلوها من لزم الجمع بينهما فلا يجوز واذا كانت الصلبية واحدة أخذت النصف وبقي من فرض البنات السدس فيأخذنه ان كن منفردات وان كن مختلطات مع الذكور كان لهن أقل الامرين من السدس والمقاسمة للتيقن به ولئلا يأخذ البنات أكثر من الثلثين ولا نهن لا ميراث لهن مع الصليبتين عند الانفراد فكذا عند الاجتماع لان من لم تكن وارثة عند الانفراد من الاناث فلا تعصبها أخوها عند الاجتماع كالم مع العمة وابن الاخ مع أخته والجمهور قوله تعالى يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين وأولاد الابن أولاد على ما بينا من قبل فتتناولهم الآية وقضية هذا أن يكون المال مقسوما بين الكل الا أنا عملنا في حق أولاد الابن بأول الآية وفي حق الصليبتين أو الصلبية الواحدة بما بعدها وليس فيه جمع بين الحقيقة والمجاز ولا شبهته وانما هو عمل يقتضي كل لفظ على حدة ومن حيث المعنى أن البنات الصليبات ذوات فرض وبنات الابن في هذه الحالة عصبات مع أخيهن وصاحب الفرض اذا أخذ فرضه خرج من البين كأنه لم يكن فصار الباقي من الفرض كجميع المال في حق العصبة فيشاركنه ولا يخرجن من العصوبة كما لو انفردوا ألا ترى أن صاحب الفرض لو كان غير البنات كالابوين وأحد الزوجين كان كذلك فكذا مع البنات بخلاف العم مع الم وبنت الاخ مع أخيها لانهما لا يصرن عصبة مع سواه ظلفا سواء كان معهما صاحب فرض أو لم يكن فلا يلزمهن من انتفاء العصوبة في محل لا يقبلها انتفاؤها في محل يقبلها وأخذهن زيادة على الثلثين ليس بمحظور ألا ترى أنهن يأخذنه بالمقاسمة عند كثرتهن بأن ترك أربعين بنتا وابنا ثم الاصل في بنات الابن عند عدم بنات لصلب أن أقربهن الى الميت ينزل منزلة البنت الصلبية والتي تليها في القرب منزلة بنات الابن وهكذا يفعل وان سفلن مثاله لو ترك ثلاث بنات ابن بعضهن أسفل من بعض وثلاث بنات ابن ابن آخر بعضهن أسفل من بعض وثلاث بنات ابن ابن آخر بعضهن أسفل من بعض بهذه الصورة

ميت

ابن بنت	ابن	ابن
ابن بنت	ابن بنت	ابن
ابن بنت	ابن بنت	ابن بنت
	ابن بنت	ابن بنت
		ابن بنت

فالعليا من الفريق الاول لا يوازيها أحد فيكون لها النصف والوسطى من الفريق الاول توازيها العليا من الفريق الثاني فيكون لهما السدس تكملة الثلثين ولاشئ للسفليات الا أن يكون مع واحدة منهن غلام فيعصبها ومن بحذائها ومن فوقها ان لم تكن صاحبة

فرض حتى لو كان الغلام مع السفلى من الفريق الاول عصبها وعصب الوسطى من الفريق الثانى والعليا من الفريق الثالث وسقطت السفليات ولو كان الغلام مع السفلى من الفريق الثانى عصبها وعصب الوسطى منه والوسطى والعليا من الفريق الثالث والسفلى من الفريق الاول ولو كان مع السفلى من الفريق الثالث عصب الجميع غير أصحاب الفرائض والمعنى ماذكرنا أن العليا تنزل منزلة البنت والبواقى منازل بنات الابن ولو كان الابن مع العليا من الفريق الاول عصب أخته وسقطت البواقى كما ذكرنا فى الاولاد فصار لبنات الابن أحوال ست النصف للواحدة والثلثان للاثنتين فصاعدا والمقاسمة مع ابن الابن والسدس مع الصلبية للواحدة والسقوط بالابن وبالصلبيتين الا أن يكون معهن غلام وهذا النوع من المسائل يسمى فى عرف الفرضيين تشييب بنات الابن اذا ذكرن مع اختلاف الدرجات وهو امامشتق من قولهم شيب فلان بفلانة اذا أكثر ذكرها فى شعره وتشييب القصيدة تحسينها وتزيينها بذكر النساء أومن شيب النار اذا أوقدها لان فيه تذكية للخواطر أومن شب الفرس يشب و يشب شبا باذا رفع يديه جميعا وأشبهته أنا اذا هيجته فانك لاتخرج دارتفاع من درجة الى أخرى كحال الفرس فى نزواته أى وثباته فصار لبنات الابن أحوال ست الثلاث المذكورة فى البنات والسدس مع الصلبية والسقوط بالابن وبالصلبيتين الا أن يكون معهن غلام قال رحمه الله (والاخوات لاب وأم كبنات الصلب عند عدمهن) أى عند عدم البنات و بنات الابن حتى يكون للواحدة النصف وللثنتين الثلثان ومع الاخوة لاب وأم للذكر مثل حظ الانثيين لقوله تعالى قل الله يفتيكم فى الكلالة ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ماترك وهو يرثها ان لم يكن لها ولد فان كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك وان كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين قال رحمه الله (ولاب كبنات الابن مع الصلبيات) أى الاخوات لاب مع الاخوات لاب وأم كبنات الابن مع الصلبيات حتى يكون للواحدة منهن الاخوات لاب النصف عند عدم الاخوات لاب وام وللثنتين الثلثان فصاعدا ومع الاخوة لاب للذكر مثل حظ الانثيين ومع الاخت الواحدة لاب وأم السدس تكملة الثلثين ويسقطن بالاختين لاب وأم الا أن يكون معهن أخ لاب فيعصبهن لما تلونا ولو بينا وبانى فيهن خلاف ابن مسعود رضى الله عنه فى مقاسمة الاخوة بعد فرض الاختين لاب وأم أو أخت واحدة لهما أى للاوبعين على نحو ما بيناه فى بنات الابن مع البنات وضرارة لهن مع البنت الواحدة اذا الكلام فى الاخوات كالكلام فى البنات والنص الوارد فيهن كالنص الوارد فى البنات فاستغنينا عن التصفح عن البحث فى البنات اذ طريق البحث فيهما واحد قال رحمه الله (وعصبن اخوتهن والبنت وبنت الابن) أى عصب الاخوات لاب وأم أو لاب اخوتهن والبنت و بنت الابن أما تعصيب الاخوة لهن فظاهر لما تلونا وأما تعصيب البنت لهن و بنت الابن فلقوله عليه الصلاة والسلام اجعلوا الاخوات مع البنات عصبة وورث معاذ رضى الله عنه فى اليمن بنتا وأختا فجعل لكل واحدة منهما النصف ورسول الله صلى الله عليه وسلم حى يومئذ وروى أنه عليه الصلاة والسلام قضى فى ابنة وابنة ابن وأخت للبنت النصف ولابنة الابن السدس والباقى للاخت وجعل المصنف رحمه الله البنت ممن يعصب الاخوات وهو مجاز وفى الحقيقة لاتعصبهن وانما يصرن عصبة معها لابها والبنت بنفسها ليست بعصبة فى هذه الحالة فكيف تعصب غيرها بخلاف الاخوة على ما يجىء من قريب ان شاء الله تعالى وهذا قول جمهور الصحابة رضى الله عنهم وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه أسقط الاخوات بالبنت واختلفت الرواية عنه فى الاخوة والاخوات مع البنت فى رواية عنه الباقى كله للاخوة وفى رواية أخرى عنه الباقى بينهم للذكر مثل حظ الانثيين قيل هو الصحيح من مذهبه وكذلك لو كان مع البنت أخت لاب وأم أو أخت لاب فى رواية الباقى للاخ وحده وفى رواية عنه بين الجميع للذكر مثل حظ الانثيين هو احتج بقوله تعالى ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ماترك فاثبت الشرط بعدم الولد واسم

(قوله فيعصبهن لما تلونا وبينا) وبسطون أيضا بالاخ لاوبين لقوله عليه الصلاة والسلام أعيان بنى الام يتوارثون دون بنى العلات اه

الولد يشمل الذكور والاناث أو الاثري أن الله تعالى جعل الزوج من النصف الى الربع والزوجة من الربع الى الثمن بالولد والام من الثلث الى السدس فاستوى فيه الذكور والانثى والجمهور ما رووه واشتراط عدم الولد فيما تلا انما كان لانها لنصف أو الثلثين بطريق الفرض ونحن نقول انها لاترث مع البنت فرضا وانما ترث على أنها عصبة ويحتمل أن يراد بالولد هنا الذكر وقد قامت الدلالة على ذلك وهو قوله وهو يرثها ان لم يكن لها ولد يعني أنها عاجزة انما تكون لها ولد ذكر لان الامة اجمعت على أن الاخ يرث تعصيبا مع الانثى من الاولاد أو نقول اشتراط عدم الولد انما كان لارث الاخ جميع مالها وذلك يتمشى بالولد سواء كان أنثى قال رحمه الله (والولد احدهم وولد الام السدس والذكر الثلث ذكورهم واناثهم سواء) لقوله تعالى وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث المراد به أولاد الام لان أولاد الاب والامّ والاب عدكورون في آيه النصف على ماذكرنا من قبل ولهذا قرأها بعضهم وله أخ أو أخت لام واطلاق الشركة يقتضي المساواة كما اذا قال شريكي فلان في هذا المال أو قال له شركة فيه وسكت عن ذلك فضي للفقه بالنصف ولان الله تعالى لما سوّى بينهما حالة الانفراد دل ذلك على استوائهما حالة الاجتماع قال رحمه الله (ويحجب الابن وابنه وان سفل وبالاب والجد) أي الاخوات كلهن حجبن هؤلاء المذكورين وهم الابن وابن الابن وان سفل والاب والجد وان علا وكذا الاخوة يحجبون بهم لانهم يرثهم مشروطا بالكلالة واختلف في الكلالة هل هي صفة للميت أو للورثة أو لتركته وقرئ يورث بكسر الراء وفتحها وأما كان يشترط لتسمية عدم الولد والوالد للميت فيسقطون بهم والكلالة مشتقة من الاحاطة ومنه الاكليل لاحاطته بالرأس والغطية كل لاحاطتها بما تدخل عليه وكذا الكلالة من أحاط به النسب من الاخوة والاخوات وقيل أصلها من البعد يقال كلت الرحم بين فلان وفلان اذا تباعدت ويقال جل فلان على فلان ثم كل عنه أي تركه وبعد عنه وغير قرابة الولد بعيد بالنسبة الى الولد قال الفرزدق

ورثتم قناة المجد لا عن كلالة ٭ عن ابني مناف عبد شمس وهاشم

يريد ورثتم مجدكم عن أصولكم لا عن الفروع كلاهما والاخوة وولد الابن ولد على ما بينا من قبل فلا تكون كلالة معه قال رحمه الله (والبنت تحجب ولد الام فقط) أي بنت الميت تحجب الاخوة والاخوات من الام وحدهم ولا تحجب الاخوة من الابوين أو من الاب لما أن شرط ارثهم الكلالة ولا كلالة مع الولد والبنت ولد فتحجبهم وكذا بنت الابن لما أن ولد الابن ولد فان قيل وجب أن لا ترث الاخوة والاخوات من الابوين أو من الاب مع البنت أو بنت الابن لان ارثهم مشروط بالكلالة قلنا الكلالة شرطت في حقهم لارث النصف أو الثلثين أو لارث الكل بالعصوبة فاذا انتفت الكلالة انتفى هذا الارث المشروط بها لا مطلق الارث فيستحقون الارث بالعصوبة مع البنت بنص آخر على ما بينا بخلاف ارث أولاد الام فان جميع ارثهم مشروط بالكلالة فينتفي بعدمها فصار الاخوات لاب وأم بخص أحوال النصف طوا حدة والثلثان لا كثرمنها والتعصيب بأخيين ومع البنات والسقوط مع الابن والاخوات لاب سبع أحوال ذكر الخمسة والسدس مع الاخت الواحدة من الاب والام والسقوط بالاثنتين من الاخوات من الابوين كما تقدم وصار لاولاد الام ثلاثة أحوال السدس للواحد والثلث لاكثر منه والسقوط بهما ذكرنا قال رحمه الله (وعصبة) وهو معطوف على قوله ذو فرض في أول الكتاب بعد ذكر الدين والوصية في قوله ثم يقسم بين ورثته وهم ذو فرض وعصبة وهو معطوف على الخبر فيكون خبرا قال رحمه الله (أي من أخذ الكل ان انفرد والباقي مع ذي سهم) هذا تفسير العصبة أي العصبة من يأخذ جميع المال عند انفراده وما أبقته الفرائض عند وجود من له الفرض المقدر وهذا رهم وليس بحد لانه لا يفيد الاعلى تقدير أن يعرف الورثة كلهم ولكن لا يعرف من هو العصبة منهم فيكون تعريفا بالحكم والمقصود معرفة

(قوله ولهذا قرأها بعضهم) أي بن كعب وسعد بن أبي وقاص اه (قوله فمضى للفقر له بالنصف) قال في الجمع في كتاب الاقرار أو يشركه في عبد يجعل له النصف وأصره بالبيان اه (قوله فلان ميراثهم مشروط بالكلالة) بقوله تعالى قل الله يفتيكم في الكلالة وبقوله تعالى وان كان رجل يورث كلالة اه (قوله وقرئ يورث بكسر الراء وفتحها) الفتح قرأ بكسر الراء الحسن البصري وأبو رجاء العطاردي وقرأ بالكسر جعل الكلالة الورثة ومن قرأ بالفتح جعل الكلالة الميت اه

العصبة حتى يعلم ماذكر ولا خبر بذلك الا بعد معرفته فنقول العصبة نوعان نسبية وسببية فالنسبية ثلاثة أنواع عصبة بنفسه وهو كل ذكر لا يدخل فى نسبته الى الميت أنثى وهم أربعة أصناف جزء الميت وأصله وجزء أبيه وجزء جده وعصبة بغيره وهو كل أنثى فرضها النصف أو الثلثان يصرن عصبة باخوتهن وعصبة مع غيره وهو كل أنثى تصير عصبة مع أنثى غيرها كالبنات مع الاخوات والسببية مولى العتاقة والاثنى ليست بعصبة حقيقة لان العصبة انما سميت عصبة لقوته ولحصول التناصر به ولا يحصل التناصر بالانثى وانما صارت عصبة تبعا أو حكما فى حق الارث فقط قال رحمه الله (والاحق الابن ثم ابنه وان سفل) أى أولاهم بالعصوبة جزء الميت وان سفل وغيرهم محجوبون بهم لقوله تعالى يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين الى أن قال سبحانه وتعالى ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد فجعل الاب صاحب فرض مع الولد ولم يجعل للولد الذكر سهما مقدرا فتعين الباقى له فدل أن الولد الذكر مقدم عليه بالعصوبة وابن الابن ابن على ما بينا لانه يقوم مقامه فيقدم عليه أيضا ومن حيث المعقول أن الانسان يؤثر ولده على والده ويختار صرف ماله له ولا جله يقتر ماله عادة على ما قال عليه الصلاة والسلام الولد مبخلة مجبنة وقضية ذلك أن لا يجاوز بكسبه محل اختياره الا أنا صرفنا مقدار الفرض لاصحاب الفروض بالنص فبقى الباقى على قضية الدليل وكان ينبغى أن يقدم البنت أيضا عليه وعلى كل عصبة الا أن الشارع أبطل اختياره بتعيين الفرض لها وجعل الباقى لاولى رجل قال رحمه الله (ثم الاب ثم أب الاب وان علا) أى ثم أولاهم بالعصوبة أصول الميت وان علوا وأولاهم به الاب لان الله تعالى شرط لارث الاخوة الكلالة وهو الذى لا ولد له ولا والد على ما بيناه فعلم بذلك أنهم لا يرثون مع الاب ضرورة وعليه اجماع الامة فاذا كان ذلك مع الاخوة وهم أقرب الناس اليه بعد فروعه وأصوله فما ظنك مع من هو أبعد منهم كاعمامه وأعمام أبيه والجد الذى هو أقرب الاقارب أنه يقوم مقامه فى الولاية عند عدم الاب ويقدم على الاخوة فيه فكذا فى الميراث وهو قول أبى بكر الصديق وابن عباس وعائشة وأبى موسى الاشعرى وأبى الدرداء وأبى الطفيل وابن الزبير ومعاذ بن جبل وبابن بن عبد الله وجماعة آخرين منهم رضى الله عنهم أجمعين وبه أخذ أبو حنيفة رضى الله عنه قال رحمه الله (ثم الاخ لاب وأم ثم الاخ لاب ثم ابن الاخ لاب وأم ثم ابن الاخ لاب) وانما قدموا على الاعمام لان الله تعالى جعل الارث فى الكلالة للاخوة عند عدم الولد والوالد بقوله تعالى وهو يرثها ان لم يكن لها ولد فعلم بذلك أنهم مقدمون على الاعمام ولان الاخوة جزء الاب فكانوا أقرب من الاعمام لانهم جزء الجد وانما قدم الاخ لاب وأم لانه أقوى لاتصاله من الجانبين فكان ذا قرابتين فترجح بذلك عند الاستواء فى الدرجة وقد قال عليه الصلاة والسلام ان أعبان بنى الام توارثون دون بنى العلات وكذا الاخت لاب وأم تقدم اذا صارت عصبة على الاخت لاب لما ذكرنا ولهذا تقدم فى الفرض فكذا فى العصوبة قال رحمه الله (ثم أعمام ثم أعمام الاب ثم أعمام الجد على الترتيب) أى أولاهم بالميراث بعد الاخوة أعمام الميت لانهم جزء الجد فكانوا أقرب وقد قال عليه الصلاة والسلام ألحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت فلاولى رجل ذكر ثم أعمام الاب لكونهم أقرب بعد ذلك لانهم جزء الجد ثم أعمام الجد لانهم أقرب بعدهم وقوله على الترتيب أى على الترتيب الذى ذكرنا فى الاخوة وهو أن يقدم الاخ لاب وأم ثم العم لاب وأم ثم العم لاب على ولد العم لاب وأم وكذا يعمل فى أعمام الاب يقدم منهم ذو قرابتين عند الاستواء فى الدرجة وعند التفاوت فى الدرجة يقدم الاعلى قال رحمه الله (ثم المعتق) لقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لحمة كلحمة النسب وهو آخر العصبات لقوله عليه الصلاة والسلام الذى أعتق عبدا هو أخوك وموالاك ان شكرك فخير له وشرالك وان كفرك فشره وخيرك وان مات ولم يدع وارثا كنت أنت عصبته والمراد بالوارث وارث هو عصبة بدليل أن ابنة حزة أعتقت عبدا لها فمات وترك بنتا جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم نصف ماله لابنته ونصفه الآخر لابنة حزة وهى المعتقة قال رحمه الله

(قوله الولد مبخلة) هو مفعلة من البخل ومفعلة أى يحمل أو به على البخل ويدعوهما اليه فيبخلان بالمال لاجله قاله ابن الاثير رحمه الله (قوله مجبنة) لانه سبب البقاء والمال لاجله أه مجمع البحرين

(ثم عصبته على الترتيب) أى عصبة المولى ومعناه اذا لم يكن للمعتق عصبة من النسب على الترتيب الذى ذكرنا فعصبته مولاه الذى أعتقه فان لم يكن مولاه فعصبته عصبة المعتق وهو المولى على الترتيب الذى ذكرناه بأن يكون جزء المولى ولى نفسه ثم أصوله ثم جزء أبيه ثم جزء جده ويقدمون بنوة الفرع عند الاستواء ويعتبر الدرجة عند التفاوت قال رحمه الله (والباقى فرضهن النصف والثلثان بصرن عصبة باخوتهن) وهن أربع من النساء البنات وبنات الابن والاخوات لاب وام والاخوات لاب وهؤلاء يصرن عصبة باخوتهن وقد بيناه فى بيان مسائل التعصيب وقوله باخوتهن هذا فى البنات والاخوات ظاهر لان عصوبتهن تقتصر عليه وأما بنات الابن فانهن يصرن عصبة بأبنائهن أعلاهن أيضا وان سفل كما ذكرنا فى مسائل التشبيب فيكون معناه فى حقهن باخوتهن أو بمن هو فى حكم اخوتهن والمصنف رحمه الله قد ذكر العصبات هناك واستوفاها الا العصبة مع غيرها وهى الاخوات مع البنات وانما ترك ذكرهن هنا لعدم كونهن فى هذا الحكم وقد شرحناه هناك فلا نعيده وانما صيرن عصبة مع غيره ومع اخوتهن عصبة بغيره لان ذلك الغير وهو البنات شرط لصيرورتهن عصبة وليصطحبن عصبة بهن لان أنفسهن ليس بعصبة فكيف يجعلن غيرهن عصبة بهن بخلاف ما اذا كن مع اخوتهن لان الاخوة ينفسهم عصبة فيصرن به عصبة تبعا قال رحمه الله (ومن يدلى بغير عجب به) كذلك الغير سوى ولد الام فانه يدلى بالام ولا تحجبه لهى تحجب بالاثنين منهم من الثلث الى السدس على ما بينا وانما لم تحجبه الام لانها لا تنقص جميع التركة ولا ترث هو وانما ترث الولد وهو والاخوة فلا يتمحضوا حجبا فيه بخلاف الجدة حيث تحجب بالام لانها ترث ميراث الام والام أولى بمثلها لانها أقرب وبخلاف الاب حيث يحجب الجد والجد تحجبه فيه والاخوة والاخوات كلهم لانه يستغرق جميع التركة وكذلك الابن يحجب ابن ابن لما ذكرنا فحاصله أن الحجب بأحد أمرين إما بمن يدلى به بشرطه على ما ذكرنا أو بكون الحاجب أقرب كالاعمام يحجبون بالاخوة وبأولادهم وكالاولاد للاعمام والاخوة يحجبون بأعلى درجة منهم قال رحمه الله (والمحجوب يحجب كالاخوين أو الاختين يحجبان الام من الثلث الى السدس مع الاب) وهما لا يرثان معه لان ارث الاخوة مشروط بالكلالة وارث الام الثلث مشروط بعدم الاثنين من الاخوة وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما فى أب وأم وثلاثة اخوة للام السدس وللاخوة السدس والباقى للاب فجعل للاخوة ما نقص من نصيب الام لان آية الكلالة تمنع من ذلك وأن حجب الام بهم لا يوجب لهم ما نقص من نصيبها فيحجبونها من غير أن يحصل لهم شئ قال رحمه الله (الا الحرم بالرق والقتل مباشرة واختلاف الدين والدار) أى لا يحجب المحروم عن الارث بهذه الاشياء وعند ابن مسعود رضى الله عنه يحجب حجب النقصان فينقص نصيب الزوجين والام بالولد المحروم محتجا بأن الله تعالى ذكر الولد مطلقا ونقص به نصيبهم من غير فصل بين أن يكون وارثا أو محروما وكما نقص نصيب الام بالاخوة مطلقا من غير فصل فينبغى أن يحجبوها اطلاقه ولنا يجب حجب الحرمان لانه لو حجب هذا الحجب وهو لا يرث لأدى الى دفعه الى بيت المال مع وجود الوارث أو الى تضييعه لان بيت المال أبعد الورثة مع الابن أو الاخوة وجه قول الجمهور أن المحروم فى حق الارث كالميت لانعدام ملكه فى نفسه ككالميت ثم الميت لا يحجب فكذا المحروم فصار كحجب الحرمان والنصوص التى توجب نقصان ارثهم لا تنافى أنها مطلقة لان الله تعالى ذكر الاولاد أولا وأثبت لهم ميراثا ثم ذكر بعد ذلك حجب النقصان بهم فينصرف الى المذكورين أولا وهم المتأهلون للارث وكذا يقال فى الاخوة والاخوات لان المذكورين منهم فى الارث هم المتأهلون للارث فكذا المذكورون فى الحجب هم المتأهلون للارث وهذا لان المحروم اتصلت به صفة تسلب أهلية الارث فألحقته بالمعدوم ولا كذلك المحجوب فانه أهل فى نفسه الا أن حاجبه غلبه على ارثه لزيادة قربه فلا يبطل عمله فى حق غيره وانما ذكر سبب الحرمان بقوله لما المحروم بالرق الخ لتبين الاسباب المانعة من الارث فان الرق يمنع

(قوله فصيرن عصبة المعتق) عصبة المعتق ترث المعتق أما عصبة عصبة المعتق اذا لم يكن عصبة المعتق لا يرث المعتق بيانه احرأة أعتقت عبدا ومات وترك ابنا وزوجا ثم مات المعتق المعراث كله لابن المعتقة ولو مات الابن وترك الاب الذى هو زوج المعتقة ثم مات المعتق لا يرث الابن وان كان عصبة عصبة المعتق لان عصبة المعتقة لكن لما لم يكن الزوج عصبة المعتقة لا يرث اه خلاصة (قوله ولم يحجبهن) كذا بخط الشارح اه (قوله بما ذكرنا) أى من الرق والقتل واختلاف الدين والدار اه

الارث لان الرقيق لا يملك شيئا قال الله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء وكالا يقدر الصلاة والسلام لا يملك العبد الا الطلاق ولا فرق في ذلك بين أن يكون قنا وهو الذي لم يعتق فيه شيء أصلا وبين أن يعتق فيه سبب الحرية كالمدبر والمكاتب وأم الولد ومعتق البعض عند أبي حنيفة رضي الله عنه لان اللعن يشمل الكل وهو عدم تصور الملك لهم والمكاتب لا يملك الرقبة وهو جناية عليه درهم على ما عرف في الخبر فلا يكون أهلا للارث والقتل الذي يمنع الارث هو الذي يتعلق به وجوب القصاص أو الكفارة والا يتعلق به واحد منهما كالقتل بسبب أو بقصاص لا يوجب الحرمان لان ما من الارث عقوبة فيتعلق بما يتعلق به العقوبة وهو القصاص أو الكفارة والشافعي رحمه الله يعتبر مطلق القتل حتى لا يرث عنده اذا قتله بقصاص أو رجم أو كان القريب قاضيا فحكم بذلك أو شاهدا فشهد به أو باغيا فقتله أو شهر عليه سيفا فقتله دفعا كل ذلك يمنع الارث عنده وهذا لان المعتبر في الشارع أوجب عليه قتلا أو أجازه قتله في هذه الصورة فكيف يوجب عليه المغفرة بقتله بعد ذلك ولهذا لا يتعلق بهذا القتل سائر عقوبات القتل فكذا الحرمان والمراد بقوله عليه الصلاة والسلام ليس للقاتل شيء من الميراث هو القتل بالتعدي دل عليه قوله عليه الصلاة والسلام ليس للقاتل ميراث بعد ما سمعه البعض أي قاتل هو كصاحب البقر وهو كان متعمدا واحترز بقوله مباشرة عن القتل بالتسبب واختلاف الدين أيضا يمنع الارث والمراد به الاختلاف بين الاسلام والكفر لقوله عليه الصلاة والسلام لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم وأما اختلاف ملل الكفار كالنصرانية واليهودية والمجوسية وعبادة الوثن فلا يمنع الارث حتى يجري التوارث بين اليهودي والمجوسي أو النصراني لان الكفر كله ملة واحدة وقال عليه الصلاة والسلام الناس كلهم حيز ونحن حيز واختلاف الدار يمنع الارث والمؤثر هو الاختلاف حكما حتى لا تعتبر الحقيقة بدونه حتى لا يجري الارث بين المستأمن والذمي في دارنا ولا في دار الحرب ويجري بين المستأمن وبين من هو في دار لان المستأمن اذا دخل الينا أو اليهم من أهل دار هو حكما وان كان في غير هما حقيقة والدار انما تختلف باختلاف المنعة والملك كدار الاسلام هو دار الحرب ودارين مختلفين من حيث الحرب باختلاف ملكهم لانقطاع الولاية والتناصر فيما بينهم والارث يكون بالولاية قال رحمه الله (والكافر يرث بالنسب والسبب كالمسلم) لانه يحتاج مكلف فيملك بالاسباب الموضوعة للملك كالمسلم ولانه بعقد الذمة تضمن للمسلم في المعاملات فيكون حكمه في ذلك حكم المسلم قال رحمه الله (ولو جب أحدهما بالحاجب وان لم يحجب برث ولو اجتمعت في الكافر قرابتان لو تفرقتا في شخصين جهب أحدهما الآخر ورث بالحاجب وان لم يحجب برث بالقرابتين كما اذا تزوج المجوسي أمه فولدت له ابنا فهذا الولد ابنها وابن ابنها فورث منها اذا ماتت على أبيه دون ولا يرث على أنه ابن ابن لان ابن الابن يحجب بالابن ولو ولدت له بنتا مكان الابن ترث الثلثين النصف على البنت والسدس على انها بنت الابن تكملة الثلثين وترث من أبيها على أنها بنت ولا ترث على انها أخت من الاب الاخت تسقط بالبنت ولو تزوج بنته فولدت له بنات ترث من أمها النصف على انها بنت وترث الباقي على انها عصبة لانها أخت من أبيها وهي عصبة مع البنت وان مات أبوها ترث النصف على انها بنت ولا ترث على انها بنت بنت لانها من ذوي الارحام فلا ترث مع وجود ذي سهم أو عصبة وهو قول عامة الصحابة رضي الله عنهم وبه أخذ أصحابنا وفي رواية عن ابن مسعود وزيد بن ثابت رضي الله عنهما أنه يرث بأبوة البنت وبه أخذ الشافعي رحمه الله أي بأقواهما وبه أخذ مالك والشافعي رحمهما الله والصحيح الاول لان قيام الاولى بالسبب ولا يجوز ابطاله بغير موانع والموانع الحاجب ولم يوجد فيأخذ بالجهتين الا ترى أن المسلم يرث ابنه بهذين اذا اتفق له ذلك بأن مات المرأة وترك ابن عمها وهو زوجها أو أخوها من أمها فانه يأخذ بالفرض والعصوبة فكذا الكافر اذا هو لا يخالف المسلم في سبب الملك كالشراء وغيره بخلاف الاخ من الاب والام فانه لا يرث بالاخوة لانه يحجب بالاب فلا يرث فيها بخلاف الاخ من الاب فانه يرث بالاخوة لانه لا يحجب بالاب فيرث فيها بخلاف الاخ من الاب فانه يرث بالاخوة لانه لا يحجب بالاب فيرث فيها

(قوله ويجري بين المستأمن وبين من هو في داره) حتى اذا مات المستأمن في دار الاسلام عند أخيه الذي وله في دار الحرب أخ ورثه أخوه الحربي لا أخوه الذي اه (قوله اذا دخل الينا أو اليهم) حتى اذا دخل ذمي دار الحرب بأمان فمات عند أخيه الحربي ورثه أخوه الذمي لا أخوه الحربي اه

يرث بالاخوة وهي جهة واحدة فلا تصلح للاستحقاق بها بل للترجيح فقط عند مزاحمة من هو دونه في القوة كالاخ لاب قال رحمه الله (لا بنكاح محرم) أي لا يرث الكافر بنكاح محرم كما اذا تزوج المجوسي أمه أو غيرها من المحارم لا يرث منها النكاح أما عندهما فلان النكاح لم يصح وأما عند أبي حنيفة رضي الله عنه فلانه وان كان يحكم الصحة لكن لا يترتب عليه اذا أسلم فكان كالفاسد قال رحمه الله (ويرث ولد الزنا وان للعان بجهة الام فقط) لان نسبه من جهة الاب منقطع فلا يرث بهو من جهة الام ثابت فيرث بنوته من الام والفرض لاغير وكذا ترثه أمه واخوته من امه فرضا لاغير ولا ينصرف أن يرث هو أو يورث بالعصوبة الا بالولاء والولاء لغيره من أعتقه أو أعتق أمه أو ولده بالعصوبة وكذا هو يرث معتقه أو معتق معتقه أو ولده بذلك قال رحمه الله (ووقف للحمل حظ ابن) أي اذا ترك الميت امرأته حاملا أو غيرها ممن يرثه وابنا وقف لاجل نصيب ابن واحد وهذا قول أبي يوسف رحمه الله وعنه وقف نصيب ابنين وهو قول محمد رحمه الله لان ولادتا الاثنين معتاد وعن أبي حنيفة رحمه الله انه يوقف نصيب أربعة بنين أو أربع بنات أيهما أكثر لانه نصوّر ولادتا ربعة في بطن واحد فيترك نصيبهم احتياطا والفتوى على الاول لان ولادة الواحد هو الغالب والا كثر منعدوم والحكم بالغالب ويؤخذ كفيلا من الورثة على قوله لاحتمال أن يكون أكثر وهذا اذا كان في الورثة ولد وأما اذا لم يكن فيهم والغلة مختلف الميراث بينهم بكثرة الاولاد وقلتهم وجملة الامر لا يخلو اما أن يكون الورثة كلهم أولادا أو لا فان كانوا كلهم أولادا يترك ماذ كرنا من العدد على الاختلاف وان لم يكونوا كلهم أولادا فلا يخلو اما أن يكون فيهم أولادا أو لا فان كان فيهم أولاد يعطى كل وارث هو غير الولد نصيبه ثم يقسم الباقي على الاولاد ويترك نصيب الحمل منه على الاختلاف الذي ذكرناه وان لم يكن في الورثة ولد والحمل من الميت يعطى كل وارث منهم نصيبه على تقدير أن الحمل ذكر أو أنثى أيهما أقل وان كان على أحد التقديرين يرث دون الآخر فلا يعطى شيأ وكذا اذا كان فيهم من لا يرث على تقدير ولادته حيا وعلى تقدير ولادته ميتا يرث فلا يعطى شيأ للاحتمال وان كان نصيبه على أحد التقديرين أكثر يعطى الاقل للتيقن به ويوقف الباقي قال رحمه الله (ويرث ان خرج أكثره فمات لا أقله) أي الحمل يرث ان خرج أكثره وهو حي ثم مات وان خرج أقله وهو حي فمات لا يرث لان انفصاله حيا من البطن شرط لارثه والاكثر يقوم مقام الكل ثم ان خرج مستقيما فالمعتبر صدره وان خرج منكوسا فالمعتبر سرته وقد بينا من قبل قال رحمه الله (ولا توارث بين الغرقى والحرقى اذا اعلم ترتيب الموتى) أي اذا مات جماعة في الغرق أو الاحتراق ولا يدري أيهم مات أولا جعلوا كأنهم ماتوا جميعا معا فيكون مال كل واحد منهم لورثته ولا يرث بعضهم بعضا اذا لم يعرف ترتيب موتهم فيرث المتأخر من المتقدم وهو قول أبي بكر وعمر وزيد واحدى الروايتين عن علي رضي الله عنهم وانما كان كذلك لان الارث يبتنى على اليقين بسبب الاستحقاق وشرطه وهو حياة الوارث بعد موت المورث ولم يثبت ذلك فلا يرث بالشك وقال ابن مسعود رضي الله عنه يرث بعضهم بعضا الا ما ورث كل واحد منهم من صاحبه وهو احدى الروايتين عن علي رضي الله عنه ووجهه أن حياة كل واحد منهم كانت ثابتة يقينا والاصل بقاؤه الى ما بعد موت الآخر ولان الحادث يضاف الى أقرب الاوقات فكأن كل واحد منهم مات بعد موت الآخر فيرث منه الا ما ورثه منه لتعذر لان تقدير حياة بعد موته حتى يرث ماله من وارث محال قلنا اذا اشتغال في حق البعض اشتغال في حق الكل أسبب الارث مقصد لا بقبول التجزي وظاهر حياتهم يصلح للدفع لا للاستحقاق وكذلك الحكم اذا ماتوا بانهدام البلد أو على أيدي أهل المعركة ولا يدري أيهم مات أولا قال رحمه الله (وذو رحم) وهو معطوف على العصبة أي ويقسم ماله بين ورثته وهم ذو فرض وعصبة وذو رحم قال رحمه الله (وهو قريب ليس بذي سهم وعصبة) أي ذو الرحم هو قريب ليس بوارث بفرض ولا بعصوبة وهذا على اصطلاح أهل هذا العلم وفي

(قوله فرث لاغير) فلو مات عن بنت وأم وأخ وأم من الزنا وأبوها من اللعان فللبنت والام أرباعا فرضا ورد أو لا شئ للموأم لانه أخوه لامه فلا يرث مع البنت شيأ اه (قوله أو غيرها ممن يرثه ولدها) كأمه وأم أمه أخته أو أم أم أخته اه (قوله ويؤخذ كفيل) الذي يخط الشارح ويؤخذ كفيلا اه

الحقيقة الوارث لا يخرج من أن يكون ذا رحم ومحنه ثلاثة أنواع قريب هو ذو سهم وقريب هو عصبة وقريب هو ليس بذي سهم ولا عصبة ومضى الكلام في الاولين ويبقى في الثالث فمقول عند ناهم يرثون عند عدم النوعين الاولين وهو قول عامة الصحابة رضي الله عنهم غير زيد بن ثابت رضي الله عنه فانه قال لا ميراث لذوي الارحام بل يوضع في بيت المال وبه أخذ مالك والشافعي رحمهما الله لما روي عن عطاء ابن يسار أن رجلا من الانصار جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله رجل هلك وترك عمته وخالته فسأل النبي صلى الله عليه وسلم وهو واقف على حماره فوقف ثم رفع يديه وقال اللهم رجل هلك وترك عمته وخالته فساله الرجل ويفعل النبي صلى الله عليه وسلم ذلك ثلاث مرات ثم قال لا شيء لهما وفي بعض رواياته لا أرى نزل علي شيء لاشيء لهما وروى أنه قال لا أجد لهما شيأ وإذا لم ينزل عليه لا يمكن اثباته بالرأي لان المقادير لا يتمكن اثباتها بالرأي ولما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم آخى بين أصحابه فكانوا يتوارثون بذلك حتى نزلت وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله فتوارثوا بالنسب وعن المقدام بن معدي كرب عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من ترك مالا فلورثته وأنا وارث من لا وارث له أعقل عنه وأرثه والخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه رواه أحمد وأبو داود وغيرهما وحين مات ثابت بن الدحداح وكان غريبا أتيا لا يعرف من أين هو قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعاصم بن عدي هل تعرفون له قبيلكم نسبا قال لا يا رسول الله فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا لبابة بن المنذر ابن أخته فأعطاه ميراثه وعن أمامة بن سهل أن رجلا رمى رجلا بسهم فقتله وليس له وارث الا خال فكتب في ذلك أبو عبيدة الى عمر فكتب عمر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الله ورسوله مولى من لا مولى له والخال وارث من لا وارث له وقال الترمذي حديث حسن وقال الطحاوي هذه آثار متصلة قد تواترت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلى هذا كانت الصحابة رضي الله عنهم حتى روي عن عمر رضي الله عنه في عم لام وخاله أعطى العم الثلثين والخالة الثلث وقال عبد الله ابن مسعود رضي الله عنه فمن ترك عمة وخالة للعمة الثلثان وللخالة الثلث وكان المسلمون اذا لم يكن ليت وارث يرثونه جميعا وهو المراد ببيت المال فاذا كان بعضهم اليه أقرب من بعض ورث ماله ولا خوف الاطالة لأوردنا ما حكي عن السلف من أفراد الواقعات ما رووه منقطع ومن مذهب الخصم أن لا يكون حجة فكيف يحتج به على غيره ومثله ملزم ثم هو لو ثبت لم يكن فيه أيضا عند ناحجة في دفع ما روينا ذوي الارحام لانه يعارض ما تلونا من الآية ويحتمل أن يكون هناك من هو أولى منهما أو قبل نزول الآية ويحتمل قوله عليه الصلاة والسلام لاشيء لهما أراد به الفرض أي لا فرض لهما مقدرا ونحن نقول به فان قيل لا بعد لكم في الآية لانها نزلت رد التوارث بالتحالف والموالاة ويحتمل أن يكون المراد بها العصبة وأصحاب السهام وليس فيها دلالة على أن المراد بها غيرهم قلنا العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وهي عامة فيحمل بعمومها على أن كثيرا من أصحاب الشافعي رضي الله عنه منهم ابن سريج خالفوه وذهبوا الى توريث ذوي الارحام وهو اختيار فقهائهم للفتوى في زماننا لفساد بيت المال وصرفه في غير المصارف قال رحمه الله (ولا يرث مع ذي سهم وعصبة سوى أحد الزوجين لعدم الرد عليهما) أي لا يرث ذوو الارحام مع وجود ذي فرض أو عصبة الا اذا كان صاحب الفرض أحد الزوجين فيرثون معه لعدم الرد عليه لان العصبة أولى منه وكذا الرد على ذوي السهام أولى من ذوي الارحام لانهم أقرب الا الزوجين فانهما لا قرابة لهما مع الميت وارثهما نظير الدين فان صاحب الدين لا يرد عليه ما فضل بعد قضاء الدين فكذا لا يرد عليهما ما فضل من فرض ما على ذلك كان عامة الصحابة رضي الله عنهم وكان عثمان بن عفان رضي الله عنه يرد على الزوجين أيضا وكان زيد بن ثابت رضي الله عنه لا يرى الرد على أحد من ذوي الفروض وما فضل منهم يوضع في بيت المال عنده وقد عرف في موضعه قال رحمه الله (وترتيبهم كترتيب العصبات) أي ترتيب ذوي الارحام في

(قوله وكان غريبا أتيا) قال في المغرب والاتي والاتاوي الغريب وقال ابن الاثير وفيه أنه سأل عاصم بن عدي عن ثابت بن الدحداح فقال انما هو أتي فينا أي غريب وفي المصباح وأتى الرجل القوم انتسب اليهم وليس منهم فهو أتي على فعيل ومنه قيل للسيل يأتي من موضع بعيد ولا يصيب ذلك الارض أتي أيضا اه

الارث كترتيب العصبات يقتم فروع الميت كأولاد البنات وان سفلوا ثم أصوله كالاجداد الفاسدين والجدات الفاسدات وان علوا ثم فروع أبويه كأولاد الاخوات وبنات الاخوة وبني الاخوة لام وان نزلوا ثم فروع جديه وجدتيه كالعمات والاعمام لام والاخوال والخالات وان بعدوا فصاروا أربعة أصناف وروى أبو سليمان عن محمد بن الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهم أن أولاهم بالمواريث الاصول والاول أصح (ثم الفروع أقرب كما في العصبات قال رحمه الله (والترجيح بقرب الدرجة) لان ارثهم بطريق العصوبة فبه تقدم الاقرب على الابعد في كل صنف منهم كما في العصبات قال رحمه الله (ثم يكون الاصل وارثا اذا استووا في الدرجة فمن يدلي بوارث أولى من كل صنف) لان الوارث أقوى قرابة من غير الوارث بدليل تقديمه عليه في استحقاق الارث فكان من يدلي به أقوى وللقوة تأثير في التقديم ألا ترى أن بني الاعيان يقدمون على بني العلات في العصوبة لهذا المعنى قال رحمه الله (وعند اختلاف جهة القرابة فللقرابة الاب ضعف قرابة الام) أي اذا كان بعض ذوي الارحام من جهة الاب وبعضهم من جهة الام كان لمن هو من جهة الاب الثلثان ومن جهة الام الثلث لما روينا من قضية عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ولان قرابة الاب أقوى فيكون لهم الثلثان والثلث لقرابة الام وهذا الاستوى في الفروع وانما تستوى في الاصول والبنات والاخوال قال رحمه الله (وان اتفق الاصول فالقسمة على الابدان) أي ان اتفقت صفة من يدلون به في الذكورة والانوثة ولم يختلفوا فيها كانت القسمة على أبدانهم حتى يجعل يتيم الذكر مثل حظ الاثنين والمراد بالاصول المدلى بهم سواء كانوا أصولا لهم أو لم يكونوا قال رحمه الله (والا فالعدد منهم بالوصف من بطن اختلف) أي ان لم تتفق صفة الاصول يعتبر العدد من الفروع أي المدلون بهم والصفة من بطن اختلف فيقسم المال على ذلك البطن فيعتبر بعدد كل واحد في ذلك البطن بعدد فروعه حتى يجعل الذكر الذي في ذلك البطن ذكورا بعدد فروعه والانثى الواحدة أنثا بعدد فروعها ويعطى الفروع سهام الاصول واذا كان فيهم بطون مختلفة يقسم المال على أول بطن اختلف على الصفة التي ذكرنا ثم يجعل الذكور طائفة والاناث طائفة بعدد القسمة في أصاب الذكور يجمع ويقسم على أول بطن اختلف بعد ذلك وكذا ما أصاب الاناث وهكذا يعمل الى أن ينتهي الى الذين هم أحياء وهذا قول محمد رحمه الله وعند أبي يوسف والحسن بن زياد رحمهما الله يعتبر بدان الفروع سواء اتفقت صفة الاصول في الذكورة والانوثة أو اختلفت ولو كان لبعضهم جهتان أو أكثر فعتبر الجهتان أو الجهات فيرث بكل جهة غير أن أبا يوسف رحمه الله يعتبرها في الفروع ومحمد رحمه الله في الاصول بخلاف الجدة حيث لا ترث الا بجهة واحدة عند أبي يوسف رحمه الله ونور الرحمن برث بالجهتين عنده في الصحيح والفرق له على هذه الرواية أن الجدة تستحق الارث باسم الجدة والاسم لا يختلف بتعين وارث ذوي الارحام بالقرابة فيعتد بتعددها وقول محمد رحمه الله أصح في ذوي الارحام جميعا وهو أشهر الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله قال رحمه الله (والفروض نصف وربع وثمن وثلثان وثلث وسدس) أي الفروض المقدرة بكتاب الله تعالى هذه الستة وهي نوعان على التنصيف ان بدأت بالاكثر أو على التضعيف ان بدأت بالاقل فتقول النصف ونصفه ونصف نصفه والثلثان ونصفهما ونصف نصفهما أو تقول الثمن ونصفه ونصف ضعفه والسدس ونصفه ونصف ضعفه قال رحمه الله (ومخارجها اثنان للنصف وأربعة وثمانية وثلاثة وستة لسهامها واثنا عشر وأربعة وعشرون بالاختلاط) أي مخارج هذه الفروض المذكورة وهي الستة سبعة اثنان الى آخرها ذكروا أربعة بالاختلاط اختلاط أحد النوعين بالآخر فاصلها أن هذه الفروض لا تخلو اما أن يجيء كل فرض منها منفردا أو مختلطا بغيره فان جاء منفردا فمخرج كل فرض سميه وهو المخرج الذي يشاركه في الحروف الا النصف فانه من اثنين وليس يسمى له وذلك مثل الثمن من ثمانية والسدس من ستة والثلث من ثلاثة والربع من أربعة

(قوله في المتن والترجيح بقرب الدرجة) كبنت البنت أولى من بنت بنت الابن اه (قوله فمن يدلي بوارث أولى من كل صنف) ككبنت بنت الابن أولى من ابن بنت البنت لانها ولد وارث فانها ولد بنت الابن وهي صاحبة فرض وابن بنت البنت ولد بنت البنت وهي ذات رحم اه منه (قوله في المتن فالقسمة على الابدان) وهذا بلا خلاف اه كافي (قوله حتى يجعل بينهم الذكر مثل حظ الانثيين) كما اذا ترك ابن بنت وبنت بنت فالمال بينهما الذكر مثل حظ الانثيين انقاقا اه (قوله أو لصفة من بطن اختلف) وهذه صورته ليس في خط الشارح بل هو حاشية الحقت اه (قوله وقول محمد أصح في ذوي الارحام) قال صاحب الضوء رحمه الله وكان شيخنا الامام نجم الدين يقول ان مشايخ بخارى أخذوا بقول أبي يوسف في مسائل ذوي الارحام والحيض لانه أيسر على المفتي اه قوله ذوي الارحام والحيض أي في الطهر المخلل بين الدمين فان قول محمد فيه مشتمل على تفاصيل متعددة يشق على المفتي والمستفتي ضبطها وقد ذكرت في المبسوط والله أعلم

وان جاء مختلطا بغيره فلا يخلو إما أن يختلط كل نوع بنوعه أو أحد النوعين بالنوع الآخر فان اختلط كل نوع بنوعه فخرج الاقل منه يكون مخرجا للكل لان ما كان مخرجا لجزء يكون مخرجا لضعفه ولضعف ضعفه كالثمانية مخرج للثمن أو السته مخرج للسدس ولضعفه ولضعف ضعفه فان اختلط أحد النوعين بالنوع الآخر فخرج جهما من أقل عدد يجمعهما واذا أردت معرفة ذلك انظر مخرج كل واحد من الفرضين على حدة ثم انظر هل بينهما موافقة أولا فان كان بينهما موافقة فاضرب وفق أحدهما في جميع الآخر وان لم يكن بينهما موافقة فجميع أحدهما في جميع الآخر فالمبلغ مخرج الفرضين ثم اذا اختلط النصف من الاول بكل الثاني أو ببعضه فهو من ستة لان بين مخرج النصف والسدس موافقة بالنصف فاذا ضربت وفق أحدهما في جميع الآخر بلغ ستة وان اختلط بالثلث أو الثلثين فلا موافقة بين المخرجين فاضرب أحدهما في جميع الآخر بلغ ستة واذا اختلط الربع من الاول بكل الثاني أو ببعضه فهو من اثني عشر لان مخرج الربع وهو الاربعة يوافق مخرج السدس وهو الستة بالنصف فاذا ضربت وفق أحدهما في جميع الآخر بلغ اثني عشر ومنه يخرج الجزآن وان كان المختلط به الثلث أو الثلثين فلا موافقة بين المخرجين فاضرب أحدهما في الآخر يبلغ اثني عشر وان كان المختلط بالثاني هو الثمن فان كان المختلط به السدس فبين المخرجين موافقة بالنصف وان كان المختلط به الثلثين فلا موافقة بينهما فاضرب ثلاثة في ثمانية تبلغ أربعا وعشرين فمنه يخرج الجزآن فصارت جملة المخارج سبعة ولا يجتمع أكثر من أربع فروض في مسئلة واحدة ولا يجتمع من أصحابها أكثر من خمس طوائف ولا يتكسر على أكثر من أربع طوائف قال رحمه الله (وتعول بزيادة) أي تعول هذه المخارج بزيادة من أجزاء المخرج اذا اجتمع في مخرج فروض كثيرة بحيث لا تكفي أجزاء المخرج لذلك فيحتاج الى العول بزيادة من أجزاء المخرج فترتفع المسئلة والعول الارتفاع ومنه عال الميزان اذا ارتفع فسمي عولا لارتفاع المسئلة أولما فيه من الميل عن الفرض المقدر والعول الميل والجور يقال عال الحاكم في حكمه اذا مال وجار ومنه قول الله تبارك وتعالى ذلك أدنى أن لا تعولوا والمراد بالعول عول بعضها لان كلها لا يعول وانما يعول ثلاثة منها الستة واثنا عشر وأربعة وعشرون والاربعة الاخر لا تعول قال رحمه الله (فستة تعول الى عشرة وترا وشفعا) يريد بالوتر السبعة والتسعة وبالشفع الثمانية والعشرة فمثال عولها الى سبعة زوج وأختان لابوين أو لاب أو زوج وجدة وأخت لاب ومثال عولها الى ثمانية زوج وأخت من أب وأختان من أم أو زوج وثلاث أخوات متفرقات أو زوج وأم وأخت من أب أو زوج وأختان من أبوين وأخت من أم أو زوج وأم وأختان من أب ومثال عولها الى تسعة زوج وثلاث أخوات متفرقات وأم أو زوج وأختان من أب وأختان من أم أو زوج وأختان من الابوين وأم وأخت من أم ومثال عولها الى عشرة زوج وأختان من أب وأختان من أم وأم قال رحمه الله (وانما عشر الى سبعة عشر وترا) أي اثنا عشر تعول الى سبعة عشر وترا لانشفعا والمراد بالوتر ثلاثة عشر وخمسة عشر وسبعة عشر فمثال عولها الى ثلاثة عشر زوج وبنتان وأم أو زوجة وأختان لابوين وأخت لام أو زوج وبنت ابن وأم أو جدة ومثال عولها الى خمسة عشر زوج وبنتان وأبوان أو زوجة وأختان لاب وأختان لام ومثال عولها الى سبعة عشر أربع أخوات لام وثماني أخوات لاب وجدتان وثلاث زوجات قال رحمه الله (وأربعة وعشرون الى سبعة وعشرين) أي أربعة وعشرون تعول الى سبعة وعشرين وما فيها إلا عولة واحدة وهي المنبرية وقسمي التسعة وهي زوجة وأبوان وبنتان سميت بذلك لان عليا رضي الله تعالى عنه سئل عنها وهو على المنبر فقال عادتها تسعا صعر تجلا ومضى في خطبته ولا تعول أكثر من ذلك الا عند ابن مسعود رضي الله تعالى عنه فانها تعول عنده الى أحد وثلاثين فيما اذا ترك امرأة وأختين لام وأما وأختين لاب وابنا كافرا أو رقيقا أو قاتلا لان من أصله أن المحروم يحجب حجب نقصان دون الحرمان فيكون للمرأة الثمن عنده

(قوله أو زوج وبنت ابن وأم وجدة) (١) كذا هو بخط الشارح اه (قوله ومثال عولها الخ) وانظر الى لطف هذا التمثيل لان المسئلة تعالت الى سبعة عشر وعدد رؤس الورثة أيضا سبعة عشر اه

(١) قول المتن كذا هو بخط الشارح أي بنت ابن بالافراد يعني ولا عول مع الافراد والصواب بنتا ابن بالتثنية والعول عليها ظاهر اه مصححه

والدم السدس والاختين لاب الثلثان وللاختين لام الثلث ويجمع فلك أحد وثلاثون فاذا فرغنا من ذلك بحثنا الى التصحيح فلا بد للتصحيح من معرفة أربعة أشياء التماثل والتداخل والتوافق والتباين بين العددين ليتمكن من العمل في التصحيح فنقول ان كان أحد العددين مثلا للآخر فهي المماثلة فيكتفي بضرب أحدهما عن الآخر وان لم يكن مثله فان كان الاقل جزأ للآكثر فهي المداخلة وان لم يكن جزأ له فان وافقا في جزء فهي الموافقة بنهما وان لم يتوافقا في جزء منهما ولا يعدهما عدد ان اجتمعا من أحد هذه الاحوال الاربعة لانهما اما ان يتساويا أولا فان تساويا فهي المماثلة وان لم يتساويا فلا يخلو اما أن يكون الاقل جزأ للآكثر أولا فان كان جزأ له فهي المداخلة وان لم يكن جزأ له فلا يخلو اما أن يتفقا في جزء أو لا فان اتفقا فيه فهي الموافقة وان لم يتفقا فيه فهي المباينة وطريق معرفة كل واحد منها مذكور في المطولات وهذه الاربعة كلها جارية بين الرؤس والرؤس وكذا بين الرؤس والسهام الا المداخلة فان العمل فيها كلما وافقة اذا كانت الرؤس أكثر وكلما خالفة اذا كانت السهام أكثر لانها تنقسم عليهم كما تنقسم عليهم المماثلة وفائدة التصحيح بيان كيفية العمل في القسمة بين المستحقين من أقل عدد يمكن على وجه يسلم الحاصل لكل واحد من الكسر ولهذا سمي تصحيحا قال رحمه الله (وان انكسر حظ فريق ضرب وفق العدد في الفريضة ان وافق) أي اذا انكسر نصيب طائفة من الورثة بنظرين من رؤسهم وسهامهم فان كان بينهما موافقة ضرب وفق عددهم في الفريضة وهي أصل المسئلة وعولها ان كانت عائلة فالمبلغ تصحيح المسئلة كجدة وأخت لام وعشرين أختا لاب أصلها من ستة فللجدة سهم وكذا للاخت للام والاخوات لاب أربعة لا تنقسم عليهن ويوافق رؤسهن بالربع فاضرب ربع رؤسهن وهو خمسة في أصل المسئلة وهي ستة تبلغ ثلاثين ومنها تصح قال رحمه الله (والا فالعدد في الفريضة فالمبلغ مخرجه) أي ان لم توافق الرؤس السهام فاضرب عدد الرؤس في الفريضة وهي أصل المسئلة وعولها ان كانت عائلة فما بلغ من الضرب فهو التصحيح في المسئلتين أي في المباينة والموافقة وقد ذكرنا مثال الموافقة ومثال المباينة زوج وسبع أخوات لاب أصلها من ستة وتعول الى سبعة للزوج النصف ثلاثة وللاخوات الثلثان أربعة فلا تنقسم عليهن ولا توافق فاضرب رؤسهن في الفريضة تبلغ تسعة وأربعين فمنها تصح قال رحمه الله (وان تعدد الكسر وتماثل ضرب واحد) أي اذا انكسر على أكثر من طائفة واحدة وتماثل أعداد رؤس المنكسر عليهم بضرب فريق واحد في أصل المسئلة وعولها ان كانت عائلة فالمبلغ من الضرب فهو تصحيح المسئلة مثاله ست أخوات لاب وأم وثلاث اخوات لام وثلاث جدات أصلها من ستة وتعول الى سبعة للاخوات لاب وأم الثلثان أربعة لا تنقسم عليهن ووافق بالنصف فرد رؤسهن الى النصف ثلاثة وللاخوات للام الثلث سهمان لا ينقسم عليهن ولا يوافق وللجدات السدس سهم لا ينقسم عليهن ولا يوافق فاجتمع معك ثلاثة أعداد متماثلة فاضرب واحدا منها في الفريضة تبلغ أحد وعشرين فمنها تصح ولو كان بعض الاعداد متماثلا دون البعض ضربت رؤس فريق واحد من المتماثلين في عدد رؤس الفريق المباين لهم أو في وفقه ان وافق فما بلغ ضربته في الفريضة فما بلغ صحت منه المسئلة مثاله لو كان عدد الاخوات خمسا مثلا في المثال المذكور والمسئلة بحالها ضربت ثلاثة في خمسة تبلغ خمسة عشر ثم اضرب خمسة عشر في الفريضة وهي سبعة تبلغ مائة وخمسة فمنها تصح ولو ترك تسع أخوات لاب وتسع أخوات لام وخمس عشرة جدة ضربت التسعة في خمسة فما بلغ في الفريضة فمنها تصح وعلى هذا لو كان المباين أكثر من طائفة واحدة تضرب ما بلغ من الضرب الاول فيه أو في وفقه ثم ما بلغ في الفريضة فما بلغ فمنه تصح المسئلة مثاله أربع زوجات وخمس أخوات لام وثلاث جدات وثلاث أخوات لاب أصلها من اثني عشر وتعول الى سبعة عشر ولا تنقسم على الكل ولا توافق فعددا الاخوات لاب يباين أحدهما فاضرب ثلاثة في أربعة

(قوله تبلغ تسعة وأربعين) للاخوات لاب أربعة أسباعها ٢٨ لكل أربعة والزوج ثلاثة أسباعها ٢١ اه (قوله تبلغ أحدا وعشرين) للاخوات لاب أربعة أسباعها ١٢ لكل سهمان وللاخوات لام سبعاها ٦ لكل سهمان وللجدات سبعها ٣ لكل سهم اه (قوله تبلغ مائة وخمسة الخ) للاخوات لاب وأم ٦٠ لكل اثنا عشر وللاخوات لام ٣٠ لكل عشرة وللجدات خمسة عشر لكل ٥ اه (١) (قوله تبلغ ثلثمائة وخمسة عشر الخ) للاخوات لاب أربعة أسباعها ١٨٠ لكل ٤٠ وللاخوات لام سبعاه ٩٠ لكل ١٥ وللجدات سبعها ٤٥ لكل ٣ اه

(١) قول المحشي قوله تبلغ ثلثمائة وخمسة عشر ليست هذه الجملة في شيء من نسخ الشارح التي بأيدينا فحرر اه مصححه

مبلغ اثنى عشر ثم فى خمسة تبلغ ستين ثم تضرب الستين فى الفريضة وهى سبعة عشر تبلغ ألفا وعشرين فيها تصح المسئلة قال رحمه الله (١) (وان توافق فالوفق والا فالعدد فى العدد ثم وثم ثم المبلغ فى الفريضة وعولها) أى اذا توافق بين أعداد الرؤس فاضرب وفق أحدهما فى جميع الآخر وان لم توافق فاضرب جميع أحدهما فى جميع الآخر ثم اضرب ما بلغ فى وفق الثالث ان وافق المبلغ الثالث وان لم يوافق فاضرب كله فيه فما بلغ فاضرب به فى الفريضة فما بلغ فمنه تصح المسئلة ولو كان فريق رابع ضربت فيه ما بلغ من ضرب الرؤس ان لم يوافقه وان وافقه ففى الوفق ثم ما بلغ فى أصل المسئلة فما بلغ منه تصح فمثال الموافقة أربع زوجات وثمانى عشرة أختا لام والتئتان عشرة جدة وخمس عشرة أختا لاب أصلها من اثنى عشر وتعول الى سبعة عشر فللزوجات الربع ثلاثة لا تنقسم عليهن ولا توافق وللاخوات لام الثلث أربعة لا تنقسم عليهن وتوافق بالنصف فرد رؤسهن الى النصف تسعة والجدات السدس سهمان لا ينقسم عليهن ويوافق بالنصف فرد رؤسهن الى النصف ستة وللاخوات لاب الثلثان ثمانية لا تنقسم عليهن ولا توافق فبين خمسة عشر والستة موافقة بالثلث فاضرب ثلث أحدهما فى جميع الآخر يبلغ ثلاثين ثم بين الثلاثين والتسعة موافقة بالثلث فاضرب ثلث أحدهما فى جميع الآخر يبلغ تسعين ثم بين تسعين والاربعة موافقة بالنصف فاضرب نصف أحدهما فى جميع الآخر يبلغ مائة وخمسين ثم اضرب المائة والثمانين فى الفريضة وهى سبعة عشر يبلغ ثلاثة آلاف وستين ومنها تصح ومثال المباينة خمس أخوات لاب وثلاث أخوات لام وسبع جدات وأربع زوجات أصلها من اثنى عشر وتعول الى سبعة عشر فللاخوات لاب الثلثان ثمانية لا تنقسم عليهن ولا توافق وللاخوات للام الثلث أربعة لا تنقسم عليهن ولا توافق وللجدات السدس سهمان لا ينقسم عليهن ولا يوافق وللزوجات الربع ثلاثة لا تنقسم عليهن ولا توافق فالخمسة لا توافق الثلاثة فاضرب احداهما فى الاخرى يبلغ خمسة عشر وخمسة عشر لا توافق الاربعة فاضرب احداهما فى الاخرى يبلغ ستين والستون لا توافق السبعة فاضرب احداهما فى الاخرى يبلغ أربعمائة وعشرين ثم اضرب أربعمائة وعشرين فى الفريضة وهى سبعة عشر تبلغ سبعة آلاف ومائة وأربعين فمنها تصح ثم اذا أردت أن تعرف نصيب كل فريق على حدة من التصحيح فاضرب رؤس كل فريق فيما كان لهم من أصل المسئلة فما بلغ فاضربه فى عدد رؤس فريق مخالف لهم ان لم يكن بينهما موافقة وان كان بينهما موافقة فاضربه فى الوفق فما بلغ فاضربه فى رؤس الفريق الثالث أو فى وفقه وهكذا تفعل الى أن تنتهى الرؤس فما بلغ فهو نصيب ذلك الفريق وان شئت ضربت ما كان لهم من المسئلة فى مبلغ الرؤس فالمبلغ من الضرب نصيبهم واذا أردت أن تعرف نصيب كل واحد من آحاد الفريق ضربت رأس كل واحد منهم فيما كان لهم من أصل المسئلة فما بلغ ضربته فى عدد رؤس المخالف لهم ان كان بين رؤسهم مباينة وان كان بينهما موافقة فاضربه فى وفقه فما بلغ فاضرب به فى عدد رؤس الفريق الثالث أو فى وفقه ان كان بينهما موافقة فما بلغ فاضربه فى الرابع أو فى وفقه كذلك فما بلغ فهو نصيب كل واحد من آحاد ذلك الفريق وان شئت قسمت مبلغ الرؤس على رؤس كل فريق فما أصاب الواحد ضربته فيما كان لهم من أصل المسئلة فما بلغ فهو نصيب كل واحد من آحاد ذلك الفريق وان شئت عكست بأن تقسم ما كان لكل فريق من أصل المسئلة على عدد رؤسهم فما أصاب الواحد ضربته فى مبلغ الرؤس فما بلغ فهو نصيب كل واحد من آحاد ذلك الفريق وان شئت نسبت سهام كل فريق من أصل المسئلة الى عدد رؤسهم فما وجدت نسبته أخذت بمثل تلك النسبة من مبلغ الرؤس فهو نصيب كل واحد من احاد ذلك الفريق ولها طريق أخرى هذه كورة فى المطولات قال رحمه الله (وما فضل يرد على ذوى الفروض بقدر فروضهم الا على الزوجين) أى يرد ما فضل من فرض ذوى الفروض اذا لم يكن عصبة على ذوى الفروض بقدر سهامهم الا على

(قوله تبلغ ألفا وعشرين الخ) كان للزوجات من أصل المسئلة ٣ تضربها فى ٦٠ يحصل ١٨٠ لكل ٤٠ وكان للاخوات للام من أصل المسئلة ٤ تضربها فى ٦٠ يحصل ٢٤٠ لكل ٤٨ وكان للجدات من أصل المسئلة ٣ تضربها فى ٦٠ يحصل ١٢٠ لكل ٤٠ وكان للاخوات لاب من أصل المسئلة ٨ تضربها فى ٦٠ يحصل ٤٨٠ لكل ١٦٠ والله أعلم (قوله فى المتن وان توافق فالوفق الخ) (لم يكن فى نسخة الشارح ولابد كر الشارح لم شرحا ولا مثالا فلعله سهاعنه اه

(١) قول المتن وان توافق الخ سقط قبل ذلك من نسخ الشرح جملة من المتن نبه على سقوطها المحشى وهى وان تداخل فالاكثر وهى موجودة فى نسخ المتن وشرحها العينى اه مصححه

الزوجين فانهما لا يردّ عليهما وهو قول عامّة الصحابة رضى الله عنهم وبه أخذ أصحابنا رحمهم الله وقال زيد بن ثابت رضى الله عنه الفاضل لبيت المال وبه أخذ مالك والشافعى رحمهما الله وقال عثمان بن عفان رضى الله عنه يردّ على الزوجين أيضا لان الفريضة لو دخلها نقص بالعول عالت على الكل فوجب أن يكون عنده من الزيادة الكل ليكون الخراج بالضمان والغنم بالغرم وجه من منع الردّ مطلقا أن النص قدّر فرض كل واحد من الورثة فلا تجوز الزيادة عليه ولان المقادير لا يمكن اثباتها بالرأى فامتنع أصلا ولنا قوله تبارك وتعالى وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله وهو الميراث فيكون أولى من بيت المال ومن الزوجين الا فيما ثبت لهما بالنص وكان ينبغى أن يكون ذلك لجميع ذوى الارحام لاستوائهم فى هذا الاسم الا أن أصحاب الفرائض قدّموا على غيرهم من ذوى الارحام لقوة قرابتهم لانترى أنهم يقدمون فى الارث فكانوا أحق به ومن حيث السنة ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم دخل على سعد يعوده فقال يا رسول الله انى مالا ولا يرثنى الا ابنتى الحديث ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم حصر الميراث على ابنته ولولا أن الحكم كذلك لانكر عليه ولم يقرّه على الخطإ لاسيما فى موضع الحاجة الى البيان وكذا روى أن امرأة أتت الى النبى صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله انى تصدقت على أمى بجارية فماتت أمى وبقيت الجارية فقال وجب أجرك ورجعت اليك فى الميراث فجعل الجارية راجعة اليها بحكم الميراث وهذا هو الردّ ولان أصحاب الفرائض ساووا الناس كلهم وترجحوا بالقرابة فيترجحون بذلك من المسلمين وروى عن ابن مسعود رضى الله تعالى عنه أنه لم يردّ على بنت ابن مع بنت الصلب ولا على أخت لاب مع الاخت لابوين ولا على اخوته من أم مع الام ولا على جدّته الا أن لا يكون وارث غيرها وبه أخذ علقمة لان الفاضل من الفرض مأخوذ بطريق العصوبة فيقدم فيه الاقرب فالاقرب وميراث الجدّة السدس كان طعمة فلا يزاد عليه الا أن لا يكون ثمة وارث غيرها فتكون هى أولى من الاجانب قلنا هذا الرجحان غير معتبر شرعا ولهذا لم يحجب البعض بالبعض ودخل النقص على الكل عند النقص بالعول غير أنه أثر فى تفضيل النصيب عند الاجتماع فيفضل فى الفاضل أيضا وادخال النقص على الزوجين بالعول مما وافق الدليل النافى لارثهما لان ارثهما ثابت بالنص على خلاف القياس وأخذ الزيادة مما يخالف النافى لارثهما فلا يمكن اثباته بالقياس لان ما ثبت على خلاف القياس يقتصر عليه وتقدير النصيب لكل واحد من الاقارب تخصيص بالذكر وذلك لا يمنع استحقاق الزيادة ولا يتعرض لها أصلا لا بالنفى ولا بالاثبات فأثبتناه بدليل آخر على ما ذكرناه ولان النصوص المذكورة فى تعيين نصيب كل واحد منهم تثبته فرضا والاخذ بطريق الردّ ليس بفرض وانما هو بطريق العصوبة فلا يمتنع ثبوته بدليل آخر كما ثبت ذلك فى بعض العصبات حيث يأخذ الفرض بالنص ثم يأخذ الباقى بدليل آخر ولا يعدّ ذلك زيادة على النص وانما هو عمل بمقتضى الدليلين ولم يثبته بالرأى بل بالنص على ما بينا ثم مسائل الباب أربعة أقسام لما أن يكونوا جنسا واحدا أو أكثر عند عدم من لا يردّ عليه أو عند وجوده فلا تخرج مسائله عن هذه الاربعة على ما يجىء فى اثناء البحث والله أعلم قال رحمه الله (فان كان من يردّ عليه جنسا واحدا فالمسئلة من رؤسهم كبنتين أو أختين) لانهما لما استويا فى الاستحقاق صارا كابنين أو أختين فيجعل المال بينهما نصفين وكذا الجدّتان لما ذكرنا والمراد بالاختين أن يكونا من جنس واحد بأن يكون كلاهما لاب أو لام أو لابوين قال رحمه الله (والاثنين بهما هم فمن اثنين لو سدسان وثلاثة لو ثلث وسدس وأربعة لو نصف وسدس وخمسة لو ثلثان وسدس أو نصف وسدسان أو نصف وثلث) أى ان لم يكن من يردّ عليه جنسا واحدا بأن كان جنسين أو ثلاثة تجعل المسئلة من سهامهم فتجعل من اثنين لو اجتمع سدسان جدّة وأخت لام ومن ثلاثة اذا اجتمع ثلث وسدس كأختين لام وجدّة أو أم وأخ لام أو أم وأختين لام ومن أربعة اذا اجتمع نصف وسدس كبنت وبنات ابن أو أخت لابوين وأخوات

لاب وأختين لاب وأخ لام أو جد تمم واحد ممن يستحق النصف من الاثنان ومن خمسة إذا اجتمع ثلثان وسدس كام أو جدة مع من يستحق الثلثين من الاثنان أو أختين لاب وأخ لام أو نصف وسدسان كبنت وبنت ابن وأم أو جدة وأخت لام وأخت لاب أو ثلاث أخوات متفرقات أو أم وأخت لام وأخت لاب أو نصف وثلث كام وأخت لاب أو أختين لام وأخت لابوين أو لاب ولا يتصور أن يجتمع في باب الرد أكثر من ثلاث طوائف فاذا جعلت المسئلة من سهامهم تحقق رد الفاضل عليهم بقدر سهامهم وهذان النوعان اللذان ذكرناهما أحدهما أن يكونوا جنسا واحدا والاخر أكثر من ذلك فيما اذا لم يختلط بهم من لا يرد عليه وبقي النوعان الآخران وهما اذا اختلط بكل واحد من النوعين من لا يرد عليه قال رحمه الله (ولو مع الاول من لا يرد عليه أعط فرضه من أقل مخارجه ثم اقسم الباقي على من يرد عليه كزوج وثلاث بنات) أي لو كان مع الاول وهو ما اذا كانوا جنسا واحدا من لا يرد عليه وهو أحد الزوجين أعط فرض من لا يرد عليه من أقل مخارج فرضه ثم اقسم الباقي على رؤس من يرد عليه ان استقام الباقي عليهم كزوج وثلاث بنات للزوج الربع فأعطه من أقل مخارج الربع وهو أربعة فاذا أخذ ربعه وهو سهم بقي ثلاثة أسهم فاستقام على رؤس البنات والله أعلم قال رحمه الله (وان لم يستقم فان وافق رؤسهم كزوج وست بنات فاضرب وفق رؤسهم في مخرج فرض من لا يرد عليه والا فاضرب كل رؤسهم في مخرج فرض من لا يرد عليه كزوج وخمس بنات) أي وان لم ينقسم الباقي بعد فرض من لا يرد عليه على عدد رؤس من يرد عليه ينظر فان كان بين الباقي من فرض من لا يرد عليه وبين رؤسهم موافقة فاضرب وفق رؤسهم في مخرج فرض من لا يرد عليه كزوج وست بنات فان بينهما موافقة بالثلث فرد رؤسهن الى ثلثه اثنين ثم اضربه في أربعة وان لم يوافق الباقي رؤسهم كزوج وخمس بنات فانه لا موافقة بين الخمسة والثلاثة فاضرب جميع رؤسهن وهو الخمسة في الاربعة فالمبلغ في الوجهين تصحيح المسئلة فتصح في الاول من ثمانية وفي الوجه الثاني من عشرين لانك في الاول ضربت اثنين في أربعة وفي الثاني خمسة في أربعة فبأخذ الزوج في الاول سهم من بقي ستة فلكل واحد من البنات سهم وبأخذ في الثاني خمسة فيقسم الباقي على خمسة يصيب كل واحدة منهن ثلاثة أسهم قال رحمه الله (ولو مع الثاني من لا يرد عليه) المراد بالثاني أن تكون طائفتان أو أكثر أي لو كان مع الطائفتين أو أكثر من لا يرد عليه (فاقسم ما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه على مسئلة من يرد عليه) وهو سهامهم على ما بينا (كزوجة وأربع جدات وست أخوات لام) للزوجة الربع فأعطها من أقل مخارجه وهو واحد من أربعة تبقى ثلاثة تنقسم على ثلاثة لان سهامهن ثلاثة قال رحمه الله (وان لم ينقسم فاضرب سهام من يرد عليه في مخرج فرض من لا يرد عليه كأربع زوجات وتسع بنات وست جدات) أي وان لم ينقسم الباقي من فرض من لا يرد عليه على سهام من يرد عليه أي على مسئلتهم فاضرب سهام من يرد عليه في مخرج فرض من لا يرد عليه فما بلغ فمخرج منه حق كل واحد من غير كسر وهذا الضرب لبيان مخرج فروض الفريقين من أقل عدد يمكن لا للتصحيح فسهام من يرد عليه فيما مثل به خمسة أربعة للبنات وواحدة للجدات وما بقي من فرض من لا يرد عليه سبعة وهو لا ينقسم على خمسة فاضرب الخمسة في الثمانية تبلغ أربعين فمنه يخرج سهام كل واحد صحيحا فللزوجات الثمن خمسة والباقي لمن يرد عليه والله أعلم قال رحمه الله (ثم اضرب سهام من لا يرد عليه في مسئلة من يرد عليه وسهام من يرد عليه فيما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه) وهذا البيان طريق معرفة سهام كل فريق من هذا المبلغ فاذا أردت معرفة سهام الزوجات في المثال الذي ضربه فاضرب سهمها في خمسة فهو نصيبهن واذا أردت معرفة نصيب البنات فاضرب سهامهن من خمسة وهو أربعة فيما بقي من فرض من لا يرد عليه وهو سبعة تبلغ ثمانية وعشرين فهو لهن وللجدات سهم مضروب في سبعة بسبعة وانما كان الضرب على ما ذكرلان

الخمسة لما ضربت فى الثمانية وجب أن يضرب بسهام كل فريق من الثمانية فى الخمسة وسهم الزوجات واحد فى الثمانية والباقى لمن يرد عليه وهو سبعة فيضرب فى الخمسة تبلغ خمسا وثلاثين فصارت السبعة مضروبة فى خمسة بالنسبة الى أصل مسئلة من يرد عليه لان كل من له شئ من الثمانية مضروب فى خمسة وكذا الخمسة مضروبة فى نصيب كل واحد من الثمانية لان كل عدد ضرب فى عدد يكون كل واحد منهما مضروبا فى مضروب الآخر ومن هذا عرف العبارة بقوله وسهام من يرد عليه فيما بقى من مخرج فرض من لا يرد عليه لانك تعرف العمل فاذا عرفت فروض الفريقين عاد كر يحتاج الى معرفة التصحيح ولهذا بدئه قال رحمه الله (وان انكسر فصحح كما مر) أى اذا انكسر على البعض أو على الكل فصحح المسئلة بالطريق المذكورة فى التصحيح لان السهام اذا لم تقسم على أربابها احتيج الى التصحيح وماذكر فى هذا الباب من الضرب لم يكن الا لتخرج سهام كل فريق ممن يرد عليه ومن لا يرد عليه من عدد واحد كما ذكر فى مخارج السهام للتصحيح المسئلة عليهم وقد ذكرنا طريق التصحيح وطريق معرفة سهام كل فريق وطريق معرفة سهام كل واحد من آحاد الفريق فلا نعيده والمثال الاول الذى ذكره المصنف رحمه الله وهو زوجة وأربع جدات وست أخوات لام تصح من ثمانية وأربعين والمثال الثانى وهو أربع زوجات وتسع بنات وست جدات تصح من ألف وأربعمائة وأربعين قال رحمه الله (وان مات البعض قبل القسمة) أى اذا مات بعض الورثة قبل قسمة التركة وسمى هذا النوع من المسائل مناسخة مفاعلة من النسخ وهو الازالة يقال نسخت الشمس الظل اذا أزالته ومنه نسخت الكتاب واستعماله فيما اذا صار بعض الانصباء ميراثا قبل القسمة لما نيه من نقل العمل والتصحيح الى الفريضة الثانية قال رحمه الله (فصحح مسئلة الميت الاول وأعط سهام كل وارث ثم صحح مسئلة الميت الثانى واقطر بين ما فى يديه من التصحيح الاول) وهو نصيبه من الميت الاول (وبين التصحيح الثانى ثلاثة أحوال) أى التوافق والتباين والاستقامة (فان استقام ما فى يده من التصحيح الاول على التصحيح الثانى فاضرب وصححا من تصحيح مسئلة الميت الاول) أى صحت الفريضتان فريضة الميت الاول والثانى مما صحت منه الاولى (وان لم يستقم فان كان بينهما موافقة) أى بين ما فى يده وهو نصيبه من الاول وبين فريضته وهو التصحيح الثانى (فاضرب وفق التصحيح الثانى فى كل التصحيح الاول وان كان بينهما مباينة) أى بين ما فى يده وفريضته وهو التصحيح الثانى (فاضرب كل التصحيح الثانى فى التصحيح الاول فالمبلغ مخرج المسئلتين) أى مبالغ من الضرب تصحيح الفريضتين فريضة الميت الاول وفريضة الميت الثانى وانما كان النظر بين ما فى يد الميت الثانى وهو نصيبه من التصحيح الاول وبين فريضته فى ثلاثة أحوال من الاستقامة والموافقة والمباينة لان ما فى يده وهو نصيبه من الفريضة الاولى مقسوم على فريضته فصارت فريضته تقدير الرؤس المقسوم عليهم ونصيبه من الاول نظير نصيبه من أصل المسئلة فكانا بتقدير بين السهام والرؤس فى الاحوال الثلاثة فى تصحيح الفريضة فكذا بينهما حتى اذا انقسم ما فى يده على فريضته لا حاجة الى الضرب كما اذا انقسم نصيب الفريق من أصل المسئلة على رؤسهم وان لم ينقسم فان وافق بضرب وفق فريضته وان لم يوافق يضرب كل الفريضة الثانية فى الفريضة الاولى كما فى الرؤس كذلك فاذا عرف ذلك يحتاج الى بيان طريق معرفة نصيب كل واحد من ورثة الاول والثانى بالطريق المذكور فى التصحيح وقد بدئه فى المختصر قال رحمه الله (واضرب سهام ورثة الميت الاول فى التصحيح الثانى أو فى وفقهم سهام ورثة الميت الثانى فى نصيب الميت الثانى أو فى وفقه) أى فى نصيبه من الفريضة الاولى وان كان فيهم من يرث من اثنين ضربت نصيبه من الاول فى الفريضة الثانية أو فى وفقها ونصيبه من الثانى فيما فى يد الميت الثانى أو فى وفقه وانما ضرب سهام كل وارث من الميت الاول فى الفريضة الثانية أو فى وفقها لان الثانية أو وفقها مضروب فى الاولى فنصيب كل واحد يكون مضروبا فى ضرورة فلذلك وجب ضربه فيه وكان ينبغى أن يضرب نصيب الميت الثانى وهو الذى فى يده فى الثانية أو فى وفقها

(قوله وقد بدئه فى المختصر كتب الشيخ الشلبى رحمه الله بعد هذا ملخص ما نصه قال رحمه الله وان لم يستقم فان كان بينهما موافقة فاضرب وفق التصحيح الثانى فى كل التصحيح الاول وان كان بينهما مباينة فاضرب كل التصحيح الثانى فى التصحيح الاول فالمبلغ مخرج المسئلتين هذا الملخص ثابت فى نسخة شيخنا وقد كتب مقابله على الهامش ما نصه لم أجد هذين السطرين فى كثير من نسخ الشرح وانما الموجود فيها قال واضرب سهام ورثة الميت الاول الى آخر المقابلة اه وكتب على متن الملخص ما نصه وقد تقدم شرح هذا فى المقابلة قبله آنفا فاستغنى عن اعادته هنا اه

لانه من جملة ورثة الميت الاول الآن نصيبه لما صار ميراثا كان مستحقا لورثته فكان مقسوما بينهم فاستغنى عن ذلك بضرب نصيب كل واحد من ورثته فيما في يده أو في وفق ما في يده وهو تظير ما ذكر في الرقاق سهام من لا يرد عليه تضرب في سهام من يرد عليه وسهام من يرد عليه تضرب فيما بقي من فرض من لا يرد عليه ولوماتت ثالث قبل القسمة فاجعل المبلغ الثاني مقام الاولى والثالث مقام الثانية في العمل ولو مات رابع فاجعل المبلغ الثالث مقام الاولى والرابع مقام الثانية وهكذا كلما مات واحد قبل القسمة تقيمه مقام الثانية والمبلغ الذي قبله مقام الاولى الى ما لا يتناهى هذا اذا مات الثاني وخلف ورثة غير من كان معه في ميراث الميت الاول أو كانوا هم بعينهم ولكن جهة ارثهم من الميتين مختلفة وان كانوا هم بعينهم ولم يختلف غيرهم من الورثة وجهة ارثهم من الميتين متحدة أخذت جميع من مات قبل القسمة وصحت فريضة الميت الاخير فكأنه لم يمت الا هو ولم يكن وارثا غير ورثته وهذا النوع يسمى التناسخ الناقص كما اذا مات شخص وخلف خمسة بنين وخمس بنات ثم مات واحد منهم قبل القسمة فخلف هؤلاء الذين كانوا معه في الميراث الاول ولم يخلف غيرهم قسم بينهم الذ كر مثل حظ الانثيين ولا يحتاج الى تصحيح فريضة الميت الاول وكذا كل من مات منهم واحد ولم يخلف غيرهم من الورثة يقسم على رؤسهم لا غير ثم اعلم ان هذا الباب يحتاج فيه الطالب الى التأمل وكثرة التصوير وضبط الحاصل لكل ميت فانه قد يكون ما يحصل له من بعض الموتى مستغنيا على مسئلته ومن بعضهم غير مستغنم وقد لا ينقسم كل واحد على الانفراد وينقسم المجموع وينبغي أن ينظر ذلك عند انتهاء تصحيح فريضة كل ميت ثم ينظر بعد انتهاء الجميع وجمع نصيب كل وارث هل بين التصحيح وبين الحاصل لكل وارث موافقة بجزء كالنصف والربع وغير ذلك فان وجدت بينهما موافقة بجزء ما ردد التصحيح الى جزء الوفق وكذلك الحاصل لكل وارث طلبا للاختصار فان وافق بالنصف مثلا ردد المسئلة الى نصفها وردد نصيب كل وارث الى نصفه فتحفظه وعلى هذا لا تتفق الا في المناسخة ثم الفرضيون رحمهم الله كثروا الاستدلال في المناسخات ونحن نذكر بعض الامثلة ليكون لطالب دربة ويسهل عليه تصحيح ما يحدث من الواقعات فنقول اذا ماتت امرأة وتركت زوجا وبنتا وأما لحاف الزوج قبل القسمة عن امرأة أو أوين ثم ماتت البنت عن ابنين وبنت وجدة ثم ماتت الجدة عن زوج وأخوين فالمسئلة الاولى وهي مسئلة المرأة من ترثه تصح من ستة عشر فللزوج أربعة ولبنت تسعة وللام ثلاثة والمسئلة الثانية وهي مسئلة الزوج تصح من أربعة فستسقم ما في يده عليها فلا حاجة الى الضرب والمسئلة الثالثة مسئلة البنت تصح من ستة وتصيبها من الاولى تسعة لا تنقسم على مسئلتها ولا توافق بالثلث فاضرب ثلث مسئلتها وهو اثنان في ستة عشر تبلغ اثنين وثلاثين فمنها تصح الفريضتان فمن كان له من ستة عشر شيء فاضرب وفق اثنين ومن كان له من ستة شيء فاضرب وفق ما في يده او هو ثلاثة والمسئلة الرابعة مسئلة الجدة تصح من أربعة وسهامها تسعة من اثنين وثلاثين اجتمع لهامن بنتها ستة ومن بنت بنتها ثلاثة وتسعة لا تنقسم على أربعة ولا توافق فاضرب أربعة في اثنين وثلاثين تبلغ مائة وثمانية وعشرين فمنها تصح المسائل كلها فمن كان له شيء من اثنين وثلاثين مضروب في أربعة ومن كان له شيء من أربعة فمضروب فيما في يده او هو تسعة ولورثة زوجة وابنا وبنتا وأم امات الابن قبل القسمة وخلف ابنين وزوجة وحدا واحدة ثم ماتت الجدة عن بني ابن ابن وهما البنتان في الثانية وزوجا وهو الجد في الثانية واخا لاب فالمسئلة الاولى تصح من اثنين وسبعين للام اثنا عشر وللزوجة تسعة وللبنت سبعة عشر وللابن أربعة وثلاثون والمسئلة الثانية وهي مسئلة الابن تصح من سبعة وعشرين للبنتين منه عشرة وللزوجة ثلاثة ولكل واحد من الجد والجدة أربعة وفي يده أربعة وثلاثون لا تنقسم على فريضته ولا توافق فاضرب فريضة الثاني وهي سبعة وعشرون في الاولى وهي اثنان

الميت الثاني سهم تضربه في ٢ يكون سهمين فهما لهما ولام الميت الثاني سهمان تضربهما في ٢ تبلغ أربعة فهي لهما ولام الميت الثاني سهم تضربه في ٢ يكون سهمين فهما لها ولكل واحد من ابني الميت الثالث من الستة سهمان تضربهما في ٣ تبلغ ٦ فهي له ولبنت الميت الثالث سهم تضربه في ٣ يكون ٣ فهي لها وولدة الميت الثالث وهي أم الميت الاول سهم تضربه في ٣ يكون ٣ فهي لها ولو كان لها ٦ فاجمع لها تسعة فيصير لاما أم الميت الثاني سهمان ولاب الميت الثاني سهمان ولام الميت الثاني سهمان ولكل واحد من ابني الميت الثالث ٦ ولبنت الميت الثالث ٣ ولجدة الميت الثالث ٩ والله أعلم اهـ

(قوله فضرب فيما في يدها وهو تسعة) فلام امرأة الميت الثاني من الاثنين والثلاثين سهمان تضربهما في الاربعة تبلغ ٨ فهي لها ولابي الميت الثاني ٤ تضربها في الاربعة تبلغ ١٦ فهي له ولام الميت الثاني سهمان تضربهما في الاربعة تبلغ ٨ فهي لها ولكل واحد من ابني الميت الثالث ستة تضربها في ٤ تبلغ ٢٤ فهي له ولبنت الميت الثالث ثلاثة تضربها في الاربعة تبلغ ١٢ فهي لها ولزوج الميت الرابع من الاربعة سهمان تضربهما في التسعة تبلغ ١٨ فهي له ولكل واحد من أخوي الميت الرابع سهم تضربه في التسعة يكون ٩ فهي له اهـ

وسبعون

وسبعون تبلغ ألفا وتسعمائة وأربعة وأربعين فللبنت سبعة عشر من الاولى مضروبة فى جميع الثانية وهى سبعة وعشرون تبلغ أربعمائة وتسعة وخمسين وللام من الاولى اثنا عشر مضروبة فى سبعة وعشرين تبلغ ثلثمائة وأربعة وعشرين وللزوجة الاولى تسعة مضروبة فى سبعة وعشرين تبلغ مائتين وثلاثا وأربعين وللبنتين فى الثانية ستة عشر مضروبة فيما فى يد الميت الثانى وهو أربعة وثلاثون تبلغ خمسمائة وأربعة وأربعين وللزوجة ثلاثة مضروبة فى أربعة وثلاثين وهو ما فى يد الميت الثانى تبلغ مائة واثنين ولكل واحد من الجد والجدة أربعة مضروبة فى أربعة وثلاثين تبلغ مائة وستة وثلاثين والمسئلة الثالثة وهى مسئلة الجدة تصح من اثنى عشر وفى يدها مائة وستة وثلاثون وهى لا تنقسم على فريضتها وتوافقه بالربع فاضرب ربع فريضتها وهو ثلاثة فى الاولى وهو ألف وتسعمائة وأربعة وأربعون تبلغ خمسة آلاف وثمانمائة واثنين وثلاثين فمنها تصح الفريضتان ثم من له شئ من الاولى يضرب فى وفق الثانية وهى ثلاثة ومن له شئ من الثانية يضرب فى وفق ما فى يدها وهو أربعة وثلاثون لبنت الاول من الاولى أربعمائة وتسعة وخمسون مضروبة فى ثلاثة تبلغ ألفا وثلثمائة وسبعا وسبعين ولام الاول من الاولى ثلثمائة وأربعة وعشرون مضروبة فى ثلاثة تبلغ تسعمائة واثنين وسبعين ولزوجة الاول من الاولى مائتان وثلاثة وأربعون فى ثلاثة تبلغ سبعمائة وتسعة وعشرين ولبنتى الثانى من الاولى خمسمائة وأربعة وأربعون مضروبة فى ثلاثة تبلغ ألفا وستمائة واثنين وثلاثين لكل واحدة ثمانمائة وستة عشر ولزوجة الثانى من الاولى مائة واثنان مضروبة فى ثلاثة تبلغ ثلثمائة وستة وللجدة من الاولى مائة وستة وثلاثون مضروبة فى ثلاثة تبلغ أربعمائة وثمانية ولبنتى ابن ابن الجدة من فريضة الجدة وهى الاخيرة ثمانية مضروبة فى وفق ما فى يد الجدة وهو أربعة وثلاثون تبلغ مائتين واثنين وسبعين ولزوج الجدة من فريضتها ثلاثة مضروبة فى وفق ما فى يدها وهو أربعة وثلاثون تبلغ مائة واثنين وهو الذى كان فى الثانية جدا ولاخى الجدة سهم من فريضتها مضروب فى وفق ما فى يدها تبلغ أربعة وثلاثين والله أعلم قال رحمه الله (ويعرف حظ كل فريق من التصحيح بضرب المال من أصل المسئلة فيما ضربته فى أصل المسئلة) أى يعرف نصيب كل فريق من التصحيح بضرب نصيب كل فريق من أصل المسئلة فى مبلغ الرؤس وهو المضروب فى الفريضة فمبالغ فهو نصيب ذلك الفريق وقد بيناه من قبل فى موضعه قال رحمه الله (وحظ كل فرد بنسبة سهام كل فريق من أصل المسئلة الى عدد رؤسهم مفردا ثم يعطى مثل تلك النسبة من المضروب لكل فرد) أى يعرف نصيب كل فرد من أفراد الفريق بأن تنسب سهام جميع الفريق من أصل المسئلة الى عدد رؤس ذلك الفريق فما وجد نسبته أعطى لكل واحد من آحاد ذلك الفريق مثل تلك النسبة من المضروب فيضرج نصيب كل واحد منهم ومعنى قوله مفردا أن ينسب الى فريق واحد من غير ضم فريق آخر عند النسبة وهذه المسئلة والتى قبلها موضعهما باب التصحيح وقد ذكرناهما هناك وطرفا آخر فلا نعيدها قال رحمه الله (وان أردت قسمة التركة بين الورثة أو الغرماء فاضرب سهام كل وارث من التصحيح فى كل التركة ثم اقسم المبلغ على التصحيح) وكذا الدين بأن تضرب دين كل غريم فى التركة وتقسم الخارج على مجموع الدين وهذا اذا لم يكن بين التركة والتصحيح ولا بين التركة ومجموع الدين موافقة وان كان بينهما موافقة فاضرب سهام كل واحد من الورثة ودين كل غريم فى وفق التركة فما بلغ فاقسمه على وفق التصحيح أو على وفق مجموع الدين فما خرج من القسمة فهو نصيب ذلك الوارث أو الدائن لانه يجعل دين كل غريم بمنزلة سهام كل وارث ومجموع الدين بمنزلة التصحيح وهذا مبنى على قاعدة مهدة فى الحساب وهى أنه متى اجتمع أربعة أعداد متناسبة وكان نسبة الاول الى الثانى كنسبة الثالث الى الرابع وعلم من تلك الاعداد ثلاثة وجهل واحد أمكن استخراج المجهول من المعلوم فيما نحن فيه اجتمع أربعة أعداد متناسبة أولها سهام كل وارث من

التصحيح وثانيها التصحيح وثالثها الحاصل لكل وارث من التركة وبرابعها جميع التركة لان نسبة السهم الى التصحيح كنسبة الحاصل من التركة الى جميع التركة والثالث مجهول والباقي معلوم فاذا ضربت الطرف فى الطرف كان كضرب الثانى فى الثالث فكذلك اذا قسمت المبلغ على الثانى يخرج الثالث ضرورة أن كل مقدار تركب من ضرب عدد فى عدد اذا قسم على أحد العددين خرج الآخر كخمسة عشر مثلا لما تركبت من ضرب ثلاثة فى خمسة اذا قسمتها على ثلاثة خرج خمسة واذا قسمتها على خمسة خرج ثلاثة وهذه القاعدة هى الاصل فى معرفة نصيب كل واحد من آحاد الفريق فانه اجتمع هناك أيضا أربعة أعداد متناسبة نصيب الفريق من أصل المسئلة وعدد الفريق والحاصل لكل واحد من آحاد الفريق من التصحيح ومبلغ الرؤس فنسبة نصيب الفريق من أصل المسئلة الى عدد هم كنسبة الحاصل من التصحيح لكل واحد الى مبلغ الرؤس وهو المضروب فى أصل المسئلة والثالث مجهول والباقى معلوم ويستخرج المجهول فى مثل هذا بالطريق المذكورة فى التصحيح وكذا العمل فى قضاء الدين اذا كانت التركة لاتفى بدين كل غريم بمنزلة سهام كل وارث ومجموع الدين بمنزلة التصحيح فنجعل المواضعة بين مجموع الدين وبين التركة ثم العمل فيه على مابينا قال رحمه الله (ومن صالح من أورثه على شئ فاجعله كأن لم يكن واقسم مابقى على سهام من بقى) لان الصالح لما ترك شيأ أعطوه جعل مستوفيا نصيبه وخرج من البين فبقى الباقى مقسوما على سهامهم وقوله فاجعله كأن لم يكن فيه نظر لانه قبض بدل نصيبه فكيف يمكن جعله كان لم يكن بل يجعل كأنه استوفى نصيبه ولم يستوف الباقون أنصباءهم الا ترى أن المرأة اذا ماتت وخلفت زوجا وأما وهما فصالح الزوج على مافى ذمته من المهر يقسم الباقى من التركة بين الام والمع أثلاثا فللام سهمان وسهم للع ولو جعل الزوج كان لم يكن لكان للام سهم لانه الثلث بعد خروج الزوج من البين والمع سهمان لانه الباقى بعد الفرض ولكن تأخذ هى ثلث الكل وهو سهمان من ستة وللزوج النصف ثلاثة وقد استوفاه بأخذ بدله فبقى السدس وهو سهم للع وكذا لو ماتت المرأة وخلفت ثلاث أخوات متفرقات وزوجا فصالحت الاخت لاب وأم وخرجت من البين كان الباقى بينهم أخماسا ثلاثة للزوج وسهم للاخت لاب وسهم للاخت لام على ما كان لهم من ثمانية لان أصلها من ستة وتعول الى ثمانية فاذا استوفت الاخت نصيبها وهو ثلاثة بقى خمسة ولو جعلت كأنها لم تكن لكانت من ستة وبقى سهم للعصبة ﴿ والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب وصلى الله على سيدنا محمد النبى الأمى وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيرا دائما أبدا الى يوم الدين ورضى الله تعالى عن أصحاب رسول الله أجمعين وعن التابعين وتابع التابعين لهم باحسان الى يوم الدين

(قوله وبقى سهم للعصبة) كذا هو بخط الشارح وفيه نظر وكتب ما نصه صح وتعول بسهم الى سبعة كذا أصلح شيخنا قاضى القضاة الغزى مرجعه الله فى نسخته بدل قوله وبقى سهم للعصبة اه والله أعلم

والحمد لله على التمام والكمال والشكر له على جميع الاحوال والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم الانبياء والمرسلين وعلى آله وصحبه المكرمين

﴿ وبعد فهذا آخر ما حرره الشيخ الامام العالم العلامة شيخ الشيوخ أحمد بن يونس الشهير بالشلبى على طراز نسخته من شرح الكنز للامام الهمام الشيخ عثمان الشهير بالزيلعى جزتهما وأبقيا فى هذه الاوراق ورد المنفعة وتعميما لفائدتها على المستفيدين قاصدا بذلك وجهه الكريم وذخرا ليوم لاينفع مال ولابنون الامن أتى الله بقلب سليم وحاولت نقل ما أفاده ولو تكررت الكتابة مشيرا لذلك بكتب ما نصه والحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لانبى بعده محمد وعلى آله وصحبه الغرة وسلم تسليما كثيرا الى يوم يبعثون

﴿ يقول خادم تصحيح العلوم بدار الطبع الزاهرة ببولاق مصر القاهرة الفقير الى الله محمد الحسينى أعانه الله على أداء واجبه الكفائى والعينى ﴾

سبحانك يامن فقهت فى دينك المتين من اصطفيتهم من عبادك المخلصين حملتهم كتابك المبين وحفظتهم سنة نبيك سيد المرسلين فاستنبطوا منهما الاحكام وبينوا لعبادك الحلال والحرام (فحمدك) ونشكرك ونثنى عليك الخير كله ولانكفرك ونصلى ونسلم على نبيك الاكرم ورسولك السيد السند الاعظم سيدنا محمد الذى أنزلت عليه كتابك المجيد ورفعته لديك الى المقام الحميد فهدى أمته بالشريعة الغراء والقول السديد وعلى آله وصحبه ومحبيه وحزبه (أما بعد) فلما كان محل الفقه من العلوم محل الروح من الجسد والنور من العين والقوة من الاسد انبه تعرف أركان الاسلام والمعاملة بين الخلائق وفصل الاحكام اعتنى به العلماء الراسخون فدونوه وضبطوا أصوله وفروعه وبينوه وممن أجرى طرفه فى هذا المجال فحاز قصب السبق فى هذا الشان بين الابطال الراقى المجيد

والفاضل الصنديد فقيه زمانه وعلامة آنه مولانا وسيدنا الشيخ عثمان الزيلعي رضي الله عنه
وأرضاه ومن الرحيق المختوم سقاه فآرواه فانه رحمه الله ألف شرحه الشارح للصدور المزيل بهجة
ولاله غلة المصدور البحر الزاخر عدة الاوائل والاواخر يغترف منه الواردون فيملؤن أسقيتهم ويصدر
عنه الساهلون وقد أمموا أرويتهم المسمى ﴿ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ﴾ فتح به أبواب
الكنز لطلاب نفائسه ونصب به المنصة لجلاء عرائسه ولما كان هذا الشرح لجليل بغية الطالبين
وعمدة المحصلين انتهض لطبعه رغبة في عموم نفعه بدار الطبع البهية ببولاق مصر المعزية الجناب
الامجد والملاذ الاسعد السيد عمر الخشاب التاجر في الكتب بالسكة الجديدة وبجوار الجامع الازهر
بمصر حفظه الله فتم طبعه بحمد الله على أبهج مثال وأجل حال ﴿ في ظل الحضرة الفخيمة
الخديوية وعهد الطلعة الميمونة الداورية من بلغت به رعيته غاية الأماني أفندينا
المعظم ﴿ عباس باشا حلمي الثاني ﴾ أدام الله أيامه ووالى على رعيته إنعامه
محفوظا هذا الطبع الجميل على هذا الشكل الجليل بنظر من عليه
أخلاقه تثنى حضرة وكيل المطبعة الاميرية محمد بك حسني
في أواخر شهر ذي القعدة سنة خمس عشرة بعد ثلثمائة
وألف من هجرة من خلقه الله على أكمل وصف
صلى الله عليه وسلم وعلى آله وصحبه
وشرف وكرم

صحيفة	
٢	كتاب الاضحية
١٠	كتاب الكراهية
١٤	فصل في اللبس
١٧	فصل في النظر والمس
٢١	فصل في الاستبراء وغيره
٢٦	فصل في البيع
٣٤	كتاب إحياء الموات
٣٩	مسائل الشرب
٤٤	كتاب الأشربة
٤٩	فصل في طبخ العصير
٥٠	كتاب الصيد
٦٢	كتاب الرهن
٦٨	باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز
٨٠	باب الرهن يوضع على يد عدل
٨٤	باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره
٩٣	فصل رهن عصيرا قيمته عشرة بعشرة فتخمر الخ
٩٧	كتاب الجنايات
١٠٢	باب ما يوجب القود وما لا يوجبه
١١١	باب القصاص فيما دون النفس
١١٣	فصل وان صولح على مال الخ
١١٧	فصل ومن قطع يد رجل ثم قتله أخذ بالامرين الخ
١٢١	باب الشهادة في القتل
١٢٤	باب في اعتبار حالة القتل

صحيفة	
١٢٦	كتاب الديات
١٢٩	فصل في النفس والمارن واللسان الخ
١٣٢	فصل في الشجاج
١٣٩	فصل في الجنين
١٤٢	باب ما يحدثه الرجل في الطريق
١٤٧	فصل في الحائط المائل
١٤٩	باب جناية البهيمة والجناية عليها وغير ذلك
١٥٣	باب جناية المملوك والجناية عليه
١٦١	فصل قتل عبد خطأ فجب قيمته الخ
١٦٥	باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك
١٦٩	باب القسامة
١٧٦	كتاب المعاقل
١٨١	كتاب الوصايا
١٨٧	باب الوصية بثلث المال
١٩٦	باب العتق في المرض
٢٠٠	باب الوصية للاقارب وغيرهم
٢٠٢	باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة
٢٠٤	باب وصية الذمي
٢٠٦	باب الوصي
٢١٣	فصل في الشهادة
٢١٤	كتاب الخنثى
٢١٨	مسائل شتى
٢٢٩	كتاب الفرائض

تمت